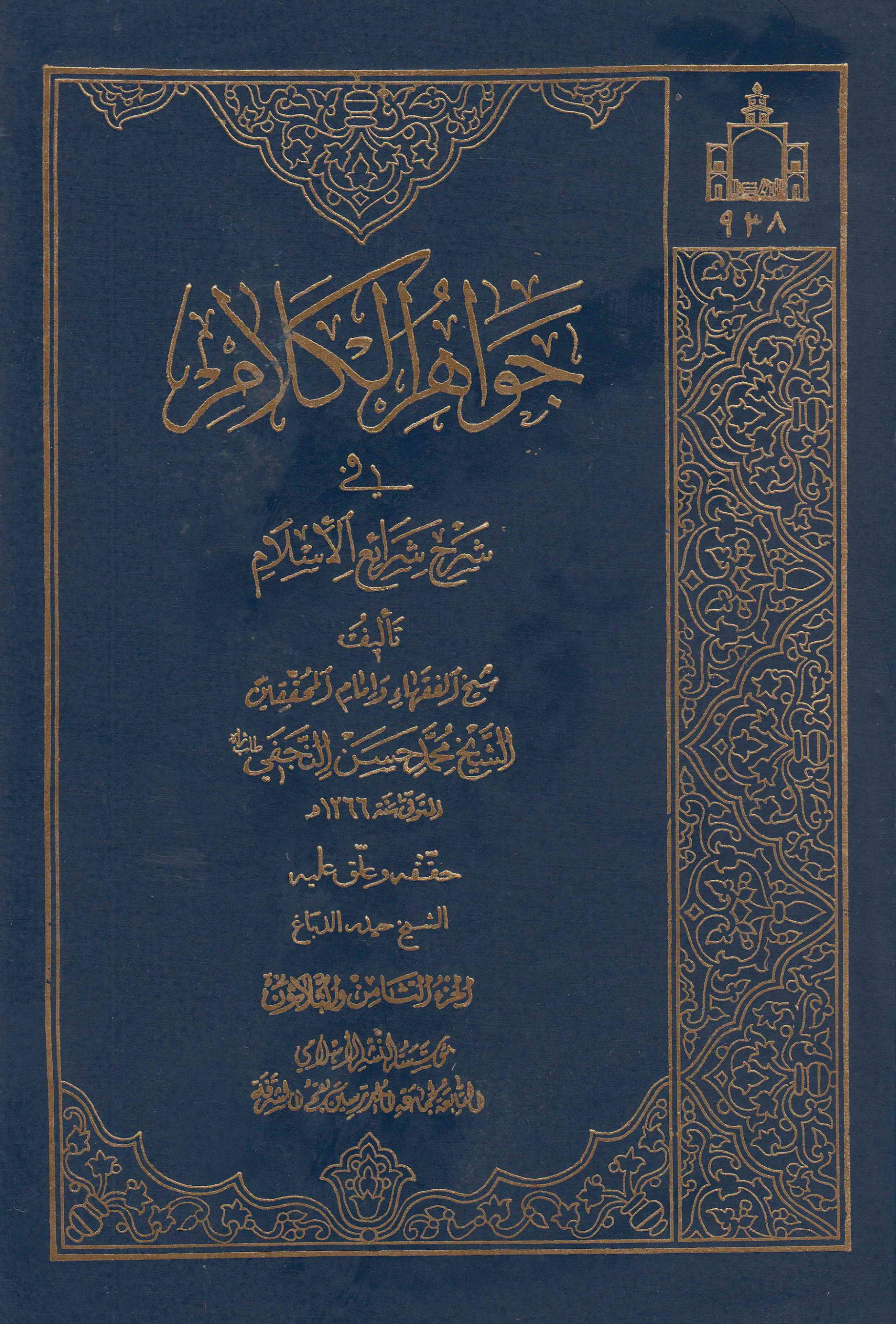
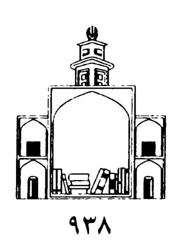

٩٣٨
جواهر الكلام
في
شرح شرائع الإسلام
تأليف
شيخ الفقهاء وإمام المحققين
الشيخ محمد حسن النجفي طاب ثراه
المتوفى سنة ١٢٦٦ هـ
حققه وعلق عليه
الشيخ حيدر الدباغ
الجزء الثامن والثلاثون
مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة



٩٣٨



جواهر الكلام

في

شرح شرائع الإسلام

تأليف

شيخ الفقهاء وإمام المحققين

الشيخ محمد حسن النجفي قدس سره

المتوفى سنة ١٢٦٦ هـ

حقّقه وعلّق عليه

الشيخ حيدر الدبّاغ

الجزء الثامن والثلاثون

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرّفة

سرشناسه: صاحب جواهر، محمّد حسن بن باقر، ۱۲۰۰؟ ـ ۱۲٦٦ ق. شارح.
عنوان قراردادی: شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام. شرح.
عنوان و نام پديدآور: جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام [محقّق حلی] / تأليف محمّدحسن النجفي؛ تحقيق مؤسّسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة.
مشخّصات نشر: قم: جماعة المدرّسين الحوزة العلميّة بقم، مؤسّسة النشر الإسلامي، ۱٤۱۷ ق. = ۱۳۷۵.
مشخّصات ظاهری: ج.
فروست: جماعة المدرّسين في الحوزة العلميّة بقم، مؤسّسة النشر الاسلامي؛ ۹۰۱، ۹۰۲، ۹۰۳، ۹۰۸، ۹۱٤، ۹۱۷، ۹۱۸، ۹۱۹، ۹۲٤، ۹۲۵، ۹۲۷، ۹۲۸، ۹۲۹، ۹۳۰، ۹۳۱، ۹۳۲، ۹۳۳، ۹۳٤، ۹۳۵، ۹۳٦، ۹۳۷، ۹۳۸.
شابك دوره: ۹ ـ ۰۲۷ ـ ٤۷۰ ـ ۹٦٤ ـ ۹۷۸ ج ۳۸: ۵ ـ ۰۸۵ ـ ۱٤۳ ـ ٦۰۰ ـ ۹۷۸
يادداشت: عربی.
يادداشت: محقّق در جلد هفدهم، بيست و هفتم وبيست وهشتم و بيست ونهم كتاب حاضر حيدر الدباغ میباشد.
يادداشت: ج. ۲ (چاپ اول: ۱٤۱۷ ق = ۱۳۷۵). يادداشت: ج. ۲۳ (چاپ اول: ۱٤۳۰ ق = ۱۳۸۸) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱٤ (چاپ دوّم: ۱٤۲۸ ق. = ۱۳۸٦). يادداشت: ج. ۲٤و۲۵و۲٦ (چاپ اول: ۱٤۳۱ ق = ۱۳۸۹) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱۵ (چاپ اوّل: ۱۳۸۵). يادداشت: ج. ۲۷ و۲۸ (چاپ اول: ۱۳۹۰) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱۷ (چاپ اول: ۱٤۲۸ ق = ۱۳۸٦). يادداشت: ج. ۲۹ (چاپ اول: ۱۳۹۰) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱۸ و۱۹ (چاپ اول: ۱٤۲۸ ق = ۱۳۸٦) (فيپا). يادداشت: ج. ۳۸ (چاپ اول: ۱۳۹۱) (فيپا).
يادداشت: كتاب حاضر شرحی بر «شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام» أثر محقّق حلّي است.
يادداشت: كتابنامه.
موضوع: محقّق حلّي، جعفر بن حسن، ٦۰۲ ـ ٦۷٦ ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ـ ـ نقد وتفسير.
موضوع: فقه جعفری ـ ـ قرن ۷ ق .
شناسه افزوده: دباغ، حيدر
شناسه افزوده: محقّق حلّي، جعفر بن حسن، ٦۰۲ ـ ٦۷٦ ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. شرح.
شناسه افزوده: جامعه مدرّسين حوزه علميه قم. دفتر انتشارات اسلامی
ردەبندی كنگره: ۱۳۷۵ ٤۰۲۱٦ ش ۳ م / ۱۸۲ BP
ردەبندی ديويی: ۳٤۲ / ۲۹۷
شماره كتابشناسی ملی: ۱۰٦۹ ـ ۷٦ م

جواهر الكلام

(ج ۳۸)

■ المؤلّف: شيخ الفقهاء والمحقّقين الشيخ محمّد حسن النجفي رحمه الله □
■ الموضوع: الفقه □
■ تحقيق: فضيلة الشيخ حيدر الدبّاغ □
■ طبع و نشر: مؤسّسة النشر الإسلامي □
■ عدد الصفحات: ۷۲٤ □
■ الطبعة: الأُولى □
■ المطبوع: ۵۰۰ نسخة □
■ التاريخ: ۱٤۳۳ هـ.ق □
■ شابك ج ۳۸: ۵ ـ ۰۸۵ ـ ۱٤۳ ـ ٦۰۰ ـ ۹۷۸ □

ISBN 978 - 600 - 143 - 085 - 5

مؤسّسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة

كتاب

الغصب

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله ربّ العالمين، وصلّى الله على محمّدٍ وآله الطيّبين الطاهرين، الغرّ الميامين.

﴿كتاب الغصب﴾

﴿والنظر في السبب، والحكم، واللواحق﴾:

﴿أمّا الأوّل﴾

[في السبب]

﴿فالغصب هو﴾ لغةً: أخذ الشيء ظلماً، كما في القاموس وغيره.

قال في الأوّل: «غصبه يغصبه: أخذه ظلماً، كاغتصبه، وفلاناً على الشيء: قهره»[1].

وفي الصحاح: «الغصب: أخذ الشيء ظلماً، تقول: غصبه منه وغصبه عليه بمعنىً، والاغتصاب مثله، والشيء غَصْب ومغصوب»[2].

---

(١) القاموس المحيط: ج ١ ص ٢٦٥ (غصب).

(٢) الصحاح: ج ١ ص ١٩٤ (غصب).

نعم، في الإسعاد لبعض الشافعيّة زيادة: «جهاراً»[١] لتخرج السرقة ونحوها.

ج ٣٧ / ٧

وعن ابن الأثير: «أنّه أخذ مال الغير ظلماً وعدواناً»[٢].

وإليه يرجع ما في الكتاب والقواعد[٣] والنافع[٤] والإرشاد[٥] والدروس[٦] واللمعة[٧] والتنقيح[٨] من أنّه ﴿الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً﴾ بل في المسالك: نسبته إلى الأكثر[٩]؛ إذ ليس فيها إلّا تبديل الأخذ بالاستقلال، نظراً إلى صدق الغصب بذلك وإن لم يكن أخذاً، كما لو كان المال في يده فغصبه، مع أنّه يمكن إرادة ما يشمل ذلك من «الأخذ» الموافق لقوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت»[١٠].

---

(١) هذا الكتاب غير متوفّر.

(٢) النهاية: ج ٣ ص ٣٧٠ (غصب).

(٣) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢١ ـ ٢٢٢.

(٤) المختصر النافع: كتاب الغصب ص ٢٤٧.

(٥) إرشاد الأذهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.

(٦) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٥.

(٧) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الغصب ص ٢٣٤.

(٨) التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الأوّل ج ٤ ص ٦٤.

(٩) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٤٨.

(١٠) عوالي اللآلي: ح ٢ ج ٣ ص ٢٤٦، مسند أحمد: ج ٥ ص ١٢، سنن أبي داود: ح ٣٥٦١ ج ٣ ص ٢٩٦، سنن ابن ماجة: ح ٢٤٠٠ ج ٢ ص ٨٠٢، سنن الدارمي: ج ٢ ص ٢٦٤، المستدرك (للحاكم): ج ٢ ص ٤٧، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٩٠، المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ٢٠ ج ٥ ص ٦٦.

وأبدل «الاستقلال» في التحرير[١] والإيضاح[٢] بـ«الاستيلاء[٣] على مال الغير بغير حقّ».

كما أنّه في التبصرة[٤] والروضة[٥] وغيرهما من كتب متأخّري المتأخّرين[٦] تبديل «المال» بـ«الحقّ» فقالوا: «الاستيلاء على حقّ الغير عدواناً».

وفي الكفاية[٧] والمفاتيح[٨]: «الاستيلاء على حقّ الغير بغير حقّ».

وستعرف الوجه في ذلك كلّه.

وعن الوسيلة: «الاحتواء على مال الغير بغير تراضٍ»[٩].

وفي التنقيح: «إنّ الفقهاء يطلقون الغصب على ما في التعريف الأوّل وعلى ما يشبهه من المضمونات، إمّا بالإتلاف مباشرةً أو تسبيباً، وإمّا بالقبض بالبيع الفاسد»[١٠]. ونحوه قول بعض الشافعيّة: إنّ كلّ مضمون على ممسكه مغصوب[١١].

---

(١) تحرير الأحكام: الغصب / أسباب الضمان ج ٤ ص ٥١٩.

(٢) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٦٦.

(٣) الأولى بعدها إضافة: «فقالا: الاستيلاء...» كما فعله فيما يأتي بعده مباشرةً.

(٤) تبصرة المتعلّمين: الإجارة / في الغصب ص ١٠٨ (عبّر بالمال).

(٥) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ١٩.

(٦) كالطباطبائي في الرياض: الغصب / الأمر الأوّل ج ١٤ ص ٦.

(٧) كفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٢.

(٨) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٦٤ ج ٣ ص ١٧٠.

(٩) الوسيلة: بيان الغصب ص ٢٧٦.

(١٠) التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الأوّل ج ٤ ص ٦٥.

(١١) العزيز: ج ٥ ص ٣٩٦، روضة الطالبين: ج ٤ ص ١٨٥.

وفي المسالك: «إنّ الأظهر إطلاقه على ما يقتضي الإثم وغيره، والأغلب الأوّل»[١].

قلت: الذي يحضرني من استعمال لفظ «الغصب» في الكتاب والسنّة:

قوله تعالى: «يأخذ كلّ سفينةٍ غصباً»[٢].

وقول الصادق عليه السلام في خبر أبي ولّاد في شأن البغل الذي استأجره، حيث قال: «... فلي عليه علفه؟ قال: لا؛ لأنّك غاصب...»[٣].

ج ٣٧ / ٨

وقول أمير المؤمنين عليه السلام: «إذا اغتصب أمةً فاقتضّت فعليه عشر قيمتها...»[٤]، و«الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها»[٥].

وقول أبي الحسن عليه السلام في ذكر ما يختصّ بالإمام: «... وله صوافي الملوك، ما كان في أيديهم على غير وجه الغصب؛ لأنّ الغصب كلّه مردود...»[٦].

وفي الخبر: «من غرس أو زرع في أرض مغصوبة فله الزرع

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٤٩.

(٢) سورة الكهف: الآية ٧٩.

(٣) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ٢٠ الإجارات ح ٢٥ ج ٧ ص ٢١٥، وسائل الشيعة: باب ٧ من كتاب الغصب ح ١ ج ٢٥ ص ٣٩٠.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ١٤٣ ج ٧ ص ٤٨١، وسائل الشيعة: باب ٤٥ من أبواب المهور ح ٢ ج ٢١ ص ٣٠٤.

(٥) نهج البلاغة: حكمة ٢٤٠ ص ٥١٠، وسائل الشيعة: باب ١ من كتاب الغصب ح ٥ ج ٢٥ ص ٣٨٦.

(٦) أصول الكافي: كتاب الحجّة / باب الفيء والأنفال ح ٤ ج ١ ص ٥٤٢، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٣).

والغرس، وعليه الأُجرة لصاحب الأرض»[١].

وفي آخر: «عن رجل اغتصب امرأةً فرجها...»[٢].

وفي ثالث: «أوّل فرج غصبناه»[٣].

وفي النبوي: «من غصب شبراً من أرض طوّقه الله من سبع أرضين يوم القيامة»[٤]. وفي آخرين: «من غصب أرضاً...»[٥].

و«غصب فدك»[٦].

و«غُصب عليّ عليه السلام الخلافة»[٧]، و«غُصب أولاده حقوقهم»[٨].

وعلى كلّ حال، فليس للغصب حقيقة شرعيّة قطعاً، كما أنّه ليس له أحكام مخصوصة زائدة على المضمون بقاعدة «اليد»[٩] و«من

---

(١) أرسله في مفتاح الكرامة: الغصب / المقدّمة ج ١٨ ص ١٢.

(٢) الكافي: الحدود / باب الرجل يغتصب المرأة ح ١ ج ٧ ص ١٨٩، وسائل الشيعة: باب ١٧ من أبواب حدّ الزنا ح ١ ج ٢٨ ص ١٠٨.

(٣) المجدي في أنساب الطالبيّين ص ١٧ ـ ١٨، وانظر الكافي: النكاح / باب تزويج أُمّ كلثوم ح ١ ج ٥ ص ٣٤٦، ووسائل الشيعة: باب ١٢ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٢ ج ٢٠ ص ٥٦١ (باختلاف يسير).

(٤) تلخيص الحبير: ح ١٢٦٩ ج ٣ ص ٥٣، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٣٧٨، المبسوط (للسرخسي): ج ١١ ص ٤٩.

(٥) كنز العمّال: ح ٣٠٣٦٦ ج ١٠ ص ٦٤١، المعجم الكبير (للطبراني): ح ٢٥ ج ٢٢ ص ١٨، تلخيص الحبير: ذيل ح ١٢٦٩ ج ٣ ص ٥٤.

(٦) بحار الأنوار: المزار / باب ١٥ ح ٦ ج ٩٧ ص ٣٦٦.

(٧) بحار الأنوار: المزار / باب ٥٧ ح ٥ ج ٩٩ ص ١٤٩.

(٨) تفسير القمّي: ذيل الآية ٥٤ من سورة المائدة ج ١ ص ١٧٠.

(٩) تقدّمت في ص ٦.

ج ٣٧ / ٩

أتلف...»[١] كي يحتاج إلى المتعبة في تنقيح معناه. وقولهم: إنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال ـ فيضمن القيمة وإن زادت عن دية الحرّ، ويكلّف إذا أتلف المثلي بالمثل وإن تضاعفت قيمته ـ ستعرف تحقيق الحال فيه.

وعلى تقديره فالمتّجه ملاحظة المعنى اللغوي، لا الاصطلاحي بين الفقهاء الذي مبناه ملاحظة الضمان لا خصوص كونه غصباً، وإلّا فليس المأخوذ غلطاً أو نسياناً مغصوباً قطعاً.

ومن هنا يظهر لك الحال فيما أطنبوا فيه في المقام: من المناقشة[٢] في التعريف الأوّل، بعد أن ذكروا أنّ المراد بالاستقلال فيه: الإقلال، أي الاستبداد به، وأنّه احترز به عمّا لو أزعج المالك عن ماله ولم يستول عليه، فإنّه لا يضمن لو تلف المال. وكذا لو مدّ مقود الدابّة المركوبة لمالكها مع قوّته على دفعه.

وبالمال: عن إثبات اليد على ما ليس بمال كالحرّ، فإنّه لا يضمن. نعم، يشمل «المال» العين والمنفعة المجرّدة عنها، كما لو آجر داره ثمّ استولى عليها، فإنّه يكون غاصباً للمنفعة. ويخرج منه منفعة البضع، فإنّها وإن دخلت في المنفعة لكن لا تدخل في المال الذي ينقسم إليه العين والمنفعة، فالداخل هنا في المال منفعة خاصّة، وهي منفعة المال

---

(١) يأتي في ص ٨٨.

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٤٥ ـ ١٤٦.

لا مطلق المنفعة، كما أنّ المراد بالعين عين خاصّة، وهي عين المال لا مطلق العين.

وبإضافة المال إلى الغير عن مال نفسه، كما لو أثبت يده على ماله عدواناً كالمرهون المشروط كونه في يد المرتهن ـ مثلاً ـ فإنّه ليس بغاصب.

وبالعدوان: عن إثبات يد المرتهن والولي والوكيل والمستأجر وغيرهم ممّا لا يكون عدواناً.

فأوردوا عليه[1] ـ وإن كان لا يخفى عليك ما في بعضه أو جميعه ـ: بأنّه ينتقض في عكسه بما لو سكن مع المالك قهراً أو بغير إذنه وإن قدر المالك على دفعه، فلم يفعل، فإنّه غير مستقلّ بإثبات اليد؛ لمشاركة المالك له في اليد، بل ربّما كان المستقلّ بها في الثاني هو المالك.

ج ٣٧ / ١٠

بل ينتقض: بما لو اشترك اثنان في غصب مال بحيث يعجز كلّ واحد عن الاستقلال به منفرداً، فإنّه لا استقلال لكلّ واحد بالمال، وإنّما هو مركّب منهما، مع أنّ كلّ واحد منهما محكوم بكونه غاصباً؛ ومن ثَمَّ تخيّر المالك في تضمين من شاء منهما. وإلى ذلك نظر من بدّل الاستقلال بالاستيلاء.

وبما لو أذن غير المالك لغيره في سكنى داره والساكن جاهل بالحال، فإنّه ليس بغاصب؛ لأنّه غير متعدٍّ. والآذن وإن كان متعدّياً

---

(١) المصدر السابق: ص ١٤٦.

بالإذن إلّا أنّه غير مستقلّ بإثبات اليد، مع أنّه الغاصب شرعاً والضمان راجع عليه.

وبما لو استقلّ بإثبات اليد على حرّ صغير أو مجنون، فتلف بسببٍ كلدغ حيّة أو وقوع حائط ـ عند الشيخ[١] ـ كما سيأتي.

وبأنّ منفعة البضع قد تضمن؛ كما لو تعمّدت الرضاع المحرِّم، أو رجع الشاهدان بالطلاق عنه.

وبما لو استولى المالك على ماله المرهون عدواناً؛ فإنّه يضمنه مع التلف بالمثل أو القيمة، ويكون رهناً، وحقّ المرتهن لا يسمّى مالاً.

وبما لو استقلّ باليد على حقّ الغير في نحو المدرسة والرباط والمسجد والتحجير، فإنّه في جميع ذلك غاصب مع أنّه لم يستول على ماله.

وبما لو غصب الوقف العامّ فإنّه ليس ملكاً للغير، أو الخاصّ على القول بانتقال ملكه إلى الله تعالى؛ وإليه نظر من بدّل المال بالحقّ.

وبما سيأتي من الصور التي يضمن فيها المال بالتسبيب من دون أن تستقلّ يده؛ كما لو فتح قفص الطائر، أو حلّ قيد الدابّة... ونحو ذلك.

ج ٣٧ / ١١

وبمن ترتّبت يده على يد الغاصب جاهلاً، فقد سمّوه غاصباً وجوّزوا الرجوع عليه، مع أنّه غير عادٍ. وكذا من سكن دار غيره أو لبس ثوبه غلطاً.

---

(١) المبسوط: الجراح / صفة قتل العمد ج ٧ ص ١٨.

ومن هنا عدلوا عن التعريف المزبور إلى ما سمعت ، وإن اختلفت عباراتهم في المعدول إليه أيضاً .

وفي المسالك : «ومن تعريفاته : أنّه الاستيلاء على مال الغير بغير حقّ . وهو أعمّ من الأوّل ، وسالم من كثير ممّا يرد عليه ، ومتناول لهذه الأسباب الأخيرة الموجبة للضمان مع عدم العدوان؛ فإنّ عدم الحقّ أعمّ من العدوان ، لأنّ المستولي على مال الغير جهلاً أو غلطاً غير عادٍ وإن كان ذلك بغير حقّ ، كما لا يخفى» .

إلى أن قال : «وعذر الأوّل : أنّ الثابت في هذه المواضع حكم الغصب ، لا حقيقته التي لا تتمّ إلّا بالتحريم . وتبقى فيه مشاركته للأوّل في الاستيلاء على حقّ الغير ممّا ليس بمال» .

«فكان الأجود على هذا عبارة ثالثة ، وهي : الاستيلاء على حقّ الغير بغير حقّ ـ وإليه نظر في الكفاية[١] والمفاتيح[٢] ـ فإنّ (الاستيلاء) يتناول مشاركة المالك في الانتفاع بماله وإن لم يكن مستقلّاً . وكذا المشارك في الغصب لغيره من غير أن يكون أحدهما مستقلّاً . و(الحقّ) يشمل المال من عين أو منفعة وغيره ، كما ذكر في الأمثلة وغيرها ، و(بغير حقّ) يشمل باقي أفراد الضمان الذي لم يتحقّق معه العدوان» .

«والأظهر في الاستعمال إطلاق الغصب على ما يشمل المقتضي للإثم وغيره ، وإن كان الأغلب الأوّل»[٣] .

(١ و٢) تقدّمت عبارتهما مع المصدر في ص ٧ .

(٣) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٤٨ ـ ١٤٩.

قلت: ومنه[١] ما في الدروس وغيرها من أنّ «تحريم الغصب عقلي وإجماعي وكتابي وسنّي، قال الله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)[٢]، (ويل للمطفّفين)[٣]، (الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً)[٤]، وقال النبيّ صلى الله عليه وآله: (... إنّ دماءكم وأموالكم عليكم حرام... لا يحلّ دم امرئٍ مسلم ولا ماله إلّا بطيب نفسه...)[٥]»[٦] إلى آخره، ونحوه غيره[٧].

ج ٣٧ / ١٢

ومنه يعلم: عدم كون ما ذكر أخيراً ـ من الجاهل والناسي ـ غاصباً؛ ضرورة عدم الإثم فيه، وإن ثبت له حكم الغصب الذي هو الضمان الناشئ من قاعدة «على اليد...» الشاملة للغصب وغيره.

كما أنّه من الجميع يعلم: عدم الغصب في المتلِف ـ مباشرةً أو تسبيباً ـ من دون استيلاء، وإن ضمنه بقاعدة الإتلاف أو الضرار.

بل ممّا ذكرنا يعلم الخبط في كثير؛ ضرورة عدم حقيقة شرعيّة للغصب، بل هو باقٍ على المعنى اللغوي الموافق للعرفي، الذي يمكن

---

(١) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: وعليه.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

(٣) سورة المطفّفين: الآية ١.

(٤) سورة النساء: الآية ١٠.

(٥) الكافي: الديات / باب القتل ح ١٢ ج ٧ ص ٢٧٣، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب القصاص في النفس ح ٣ ج ٢٩ ص ١٠.

(٦) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٥.

(٧) كالتنقيح الرائع: الغصب / الأمر الأوّل ج ٤ ص ٦٤ ـ ٦٥، والمهذّب البارع: الغصب / المقدّمة ج ٤ ص ٢٤٦.

عدم اندراج السرقة فيه . وإليه نظر من اعتبر «الجهار»[١] فيه ، بل لابدّ فيه من قهر واستعلاء ونحوهما .

وكأنّ الأكثر لم يلحظوا ـ فيما سمعته من تعريفهم ـ إلّا كشف المعنى المزبور من حيث كونه سبباً للضمان الذي يتعلّق بالمال ، وإن ذكروا غيره من أسباب الضمان معه في كتاب الغصب ، ولم يختلط عليهم المعنى المزبور وإن اختلفت عباراتهم في تأديته ، نحو اختلاف عبارات أهل اللغة في تأدية المعنى اللغوي التي ربّما يكون بعضها أوضح من الأُخرى .

والذي يسهّل الخطب : عدم أحكام شرعيّة معلومة زائدة على الضمان عنوانها «الغصب» ـ كي يحتاج إلى التعب في تحقيق معناه ـ إلّا نادراً؛ كتكليف الغاصب بالردّ وإن استلزم المشقّة الشديدة بتلف المال وغيره .

↑ ج ٣٧ / ١٣

وحينئذٍ لا ريب في الرجوع فيه إلى المعنى اللغوي الموافق للعرفي ، دون الاصطلاحي الذي سمعت[٢] نسبته في التنقيح إلى الفقهاء ، بعد تسليمه ، كما هو واضح .

﴿و﴾ على كلّ حال ، فـ﴿لا يكفي﴾ في تحقّق كون المال مغصوباً ﴿رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده﴾ كما صرّح به الفاضل[٣]

---

(١) تقدّم في ص ٦.

(٢) في ص ٧.

(٣) تحرير الأحكام: الغصب / أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٠، قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٢.

وغيره[١]، بل عن التذكرة: نفي الشكّ فيه[٢]؛ لما عرفت من كونه الأخذ أو الاستقلال أو الاستيلاء، والجميع غير صادق، وإن أُطلق على الشخص نفسه أنّه مغصوب بمعنى كونه مقهوراً.

وحينئذٍ ﴿فلو منع غيره من إمساك دابّته المرسلة فتلفت لم يضمن، وكذا لو منعه من القعود على بساطه، أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقيّة، أو تلفت عينه﴾ كما في النافع[٣] ومحكيّ التحرير[٤] والتبصرة[٥] وشرح الإرشاد للفخر[٦]، وإن لم يذكر في بعضها تمام الأمثلة، بل في المسالك[٧] وغيرها[٨]: نسبته إلى المشهور؛ للأصل، بعد عدم تحقّق الغصب بعدم إثبات اليد.

لكن عن التذكرة ـ بعد أن نفى الشكّ عن عدم تحقّق الغصب في الدابّة المزبورة ـ قال: «وهل يضمن؟ قال بعض علمائنا: لا يضمن، وفيه إشكال»[٩].

---

(١) كالشهيد في الدروس: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ (الطبعة الحجرية).

(٣) المختصر النافع: كتاب الغصب ص ٢٤٧.

(٤) تقدّم المصدر آنفاً.

(٥) تبصرة المتعلّمين: الإجارة / في الغصب ص ١٠٨.

(٦) شرح الإرشاد: الغصب / أسباب الضمان ذيل قول المصنّف: «ففي الضمان نظر» ورقة ٦٦ (مخطوط).

(٧) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥٠.

(٨) ككفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٢.

(٩) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ (الطبعة الحجرية).

ومنه يعلم: أنّه لا يلزم من عدم كونه غاصباً عدم كونه ضامناً، لإمكان سبب آخر غير الغصب.

ولعلّه لذا قال في المسالك ـ وتبعه عليه غيره[١] ـ : «إنّه ينبغي أن يختصّ ما ذكروه بما لا يكون المانع سبباً في تلف العين بذلك؛ بأن اتّفق تلفها مع كون السكنى غير معتبرة في حفظها والمالك غير معتبر في مراعاة الدابّة، كما يتّفق لكثير من الدور والدوابّ. أمّا لو كان متوقّفاً على سكنى الدار ومراعاة الدابّة لضعفها أو كون أرضها مسبعة مثلاً؛ فإنّ المتّجه الضمان، نظراً إلى كونه سبباً قويّاً مع ضعف المباشر»[٢].

↑ ج ٣٧ / ١٤

وهو المحكي عن الشهيد في بعض فتاواه[٣] والكركي[٤]، واستحسنه في الرياض لعموم «لا ضرر ولا ضرار»[٥] قال:

«ومن هنا يتوجّه الحكم بضمان نقص القيمة السوقيّة للمتاع إذا حصل بمنع المالك عن بيعه ولو مع بقاء العين وصفاتها».

---

(١) المصدر قبل السابق.

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥٠ (بتصرّف منشؤه نقل العبارة من مفتاح الكرامة).

(٣) نقله عنه في مسالك الأفهام: (الهامش السابق).

(٤) فوائد الشرائع (آثار الكركي): ج ١١ ص ٤٢٥، جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢١٨ ـ ٢١٩.

(٥) سنن ابن ماجة: ح ٢٣٤٠ و٢٣٤١ ج ٢ ص ٧٨٤، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٦٩، المعجم الأوسط (للطبراني): ح ٥١٩٣ ج ٥ ص ٣٨٢، مسند أحمد: ج ٥ ص ٣٢٧، مجمع الزوائد: ج ٤ ص ١١٠، كنز العمّال: ح ٩١٦٧ ج ٣ ص ٩١٩، وح ٩٤٩٨ ج ٤ ص ٥٩.

«وذكر القائل المتقدّم أنّه لم يضمن قطعاً؛ لأنّ الفائت ليس بمال بل اكتسابه».

«وهو كما ترى؛ لاتّحاد وجه الحكم بالضمان هنا وفيما مضى، وهو صدق الإضرار المنفي شرعاً، وليس فيه ما يقتضي تخصيص الضرر المنفي بما يكون متعلّقه مالاً، ولعلّه لذا اختار الشهيد في بعض فتاواه الضمان هنا، وإن قوّى في الدروس عدم الضمان مطلقاً وفاقاً للمشهور كما في المسالك والكفاية»[1].

قلت: لا ينبغي التأمّل في عدم ضمان نقصان القيمة السوقيّة؛ لعدم تفويت مال عليه بمباشرة أو تسبيب، ومن هنا لم تضمن منافع الحرّ إجماعاً مع أنّ قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» تأتي فيه.

على أنّ استفادة الضمان من القاعدة المزبورة متوقّفة على الانجبار بفتوى الأصحاب؛ إذ لا اقتضاء لها إلّا عدم مشروعيّة ما فيه الضرر والضرار في الإسلام على معنى النهي عن إيجاده، وهو إنّما يقتضي حرمة ذلك، لا الجبر بالضمان المتوقّف على إرادة انتفاء وجوده في الدين، المنزّل على إرادة جبر ما يحصل منه فيه بالغرامة؛ لأنّه أقرب المجازات إلى نفيه، بل يمكن دعوى إرادة ذلك حقيقةً من النفي بلا تجوّز.

↑ ج ٣٧ / ١٥

إلّا أنّ ذلك كلّه ـ كما ترى ـ لا يصلح دليلاً لذلك من دون انجبار

---

(١) رياض المسائل: الغصب / الأمر الأوّل ج ١٤ ص ٨.

بفتوى الأصحاب ، فضلاً عن الفتوى بخلافه ، بل في الدروس[١] وجامع المقاصد[٢] والروضة[٣] : «لم يضمن في الفرض قطعاً» مع حكمهم بالضمان في الأوّل مع فرض التسبيب .

وما يحكى[٤] عن الشهيد في بعض فتاواه ـ مع أنّه لم نتحقّقه ـ من الفتاوى المهجورة ، خصوصاً بعد اتّفاقهم ظاهراً في أسباب الضمان الثلاثة على انحصار اقتضائها الضمان في تلف المال عيناً أو منفعةً ، كما هو واضح .

نعم ، ما استحسنه من الضمان في الأوّل ـ تبعاً لمن عرفت ـ في محلّه مع فرض تحقّق معنى السببيّة المقتضية للضمان في الصورة المفروضة . والأصل فيه ما سمعته من الفاضل في محكيّ التذكرة ، وإليه أشار في الدروس بقوله : «وللفاضل وجه بالضمان ، وإن لم يسمّ غاصباً»[٥] ، ولكنّ ظاهرهما احتمال الضمان مطلقاً ، لا في خصوص صورة التسبيب التي قيّد بها كلامهم من عرفت .

على أنّه إن كان منشؤه قاعدة نفي الضرر ـ كما سمعته من الرياض ـ يتّجه إطلاق الضمان حتّى في صورة عدم كونه سبباً؛ ضرورة حصول

---

(١) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٦.

(٢) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢١٩.

(٣) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٢١.

(٤) كما تقدّم في عبارة «الرياض» الآنفة.

(٥) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٥.

الضرر بمنع إمساكه الذي اتّفق تلف الدابّة معه بأكل سبعٍ في أرض غير مسبعة على وجهٍ لا يكون سبباً ، ولا أظنّ أنّه يلتزمه سيّد الرياض ، ومنه يظهر ضعف كلامه زيادةً على ما سمعت .

وعلى كلّ حال ، فعلى القول بالضمان في صورة التسبيب خاصّة ، فالظاهر عدم اندراجها في إطلاق المشهور عدم الضمان ، المراد منه ـ بقرينة التفريع على ما ذكروه في معنى الغصب ـ عدمه من حيث الغصب الذي هو سبب في ضمان المغصوب وإن تلف بآفة سماويّة؛ لكون اليد يد ضمان ، فالغرض : أنّه بمجرّد رفع يد المالك لا يدخل في ضمانه دخول المغصوب الذي لا يتحقّق إلّا بإثبات اليد مع ذلك .

↑ ج ٣٧ / ١٦

بل يؤكّد ذلك ما تسمعه من المشهور حتّى المصنّف : من الجزم بالضمان أو التردّد فيه فيما لو منعه من حراسة ماشيته حتّى تلفت ، فلا يتوجّه ما وقع من هؤلاء الجماعة من دعوى تقييد المشهور بما ذكروه؛ فإنّ مقتضاه : قول المشهور بعدم الضمان في صورة الإتلاف التسبيبي المجمع على الضمان به كما ستعرف . واحتمال استثناء خصوص السبب المزبور منه واضح الفساد .

نعم ، قد يشكّ في حصول التسبيب في الصورة المزبورة ونظائرها ؛ من دعوى : احتمال كون الثابت من السبب المقتضي للضمان ما لا يشمل الفرض المزبور ، كما ستعرف تحقيق ذلك فيما يأتي إن شاء الله تعالى .

هذا كلّه فيما إذا لم يحصل إلّا منع المالك عن ماله.

﴿أمّا لو قعد على بساط غيره أو ركب دابّته ضمن﴾ لتحقّق معنى الغصب ـ الذي هو «الاستقلال» أو «الاستيلاء» أو «الاحتواء»، بل أو «الأخذ» ـ بذلك فيهما.

بل في القواعد: «ويتحقّق إثبات اليد في المنقول بالنقل، إلّا في الدابّة فيكفي الركوب، وفي الفراش الجلوس عليه»[1]. وهو صريح في استثنائهما من المنقول، وإن كان هو كما ترى.

فلا إشكال في تحقّق الغصب مع الجلوس على البساط وركوب الدابّة، سواء قصده أم لا، وسواء كان المالك حاضراً وأزعجه أم لا؛ لتحقّق الاستيلاء عليه على وجه العدوان حيث نعتبره، أو مطلقاً حيث يكتفى به في الضمان.

وربّما قيل[2]: باشتراط نقل المنقول في ضمانه، فلا يكفي مجرّد ركوب الدابّة من غير أن تنتقل به، والجلوس على البساط كذلك؛ نظراً إلى أنّ ذلك هو القبض في البيع وغيره لأمثاله من المنقولات.

وجوابه[3]: منع عدم تحقّق القبض مطلقاً بذلك؛ فإنّ القبض له حكمان، أحدهما: دخوله في ضمانه، وهو حاصل بالركوب والجلوس

↑ ج ٣٧ / ١٧

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٢.

(٢) كما في الجامع للشرائع: باب الغصب ص ٣٥٠، وانظر العزيز: ج ٥ ص ٤٠٦، وبدائع الصنائع: ج ٧ ص ١٤٨.

(٣) كما في مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥٠ ـ ١٥١.

من غير نقل. والثاني: تمكينه من التصرّف، وهذا يشترط في الركوب ونحوه إذن المالك فيه. ولا فرق في هذا بين أن ينقله وعدمه، فلا وجه لإخراج التصرّف بغير النقل من القبض على هذا التقدير.

وكأنّه لا حاصل له، وإن كان الفاضل في محكيّ التذكرة قد ذكر أيضاً: «أنّ للقبض في البيع حكمين»[١] على ما سمعته من التفصيل، إلّا أنّ ذلك لا مدخل له في ردّ بعض الشافعيّة القائل: بأنّ القبض هنا كالبيع لا يتحقّق في المنقول إلّا بنقله[٢]؛ حتّى أنّ الكركي في باب تسليم المبيع أشكله بـ«أنّه لو أخذه المشتري بيده ولم ينقله ـ بل تسلّمه في موضعه الذي كان فيه ـ ثمّ تلف لا يكون في ضمانه، مع أنّه في يده، وخبر عقبة ابن خالد[٣] يدلّ على ذلك، إلّا أنّ ما دلّ على ثبوت الضمان بإثبات اليد ينافيه، والجواب يحتاج إلى فضل تأمّل، وتحقيق هذا موقوف على تحقيق معنى إثبات اليد»[٤] انتهى.

فكون القبض له حكمان لا مدخل له في ذلك، على أنّ مرجع الحكمين المزبورين إلى القبض والإقباض، لا إلى اختلاف معنى القبض في المقام وفي البيع.

فالتحقيق في الجواب: عدم اعتبار النقل في قبض المنقول في

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٧ (الطبعة الحجرية).

(٢) العزيز: ج ٥ ص ٤٠٦.

(٣) وسائل الشيعة: باب ١٠ من أبواب الخيار ح ١ ج ١٨ ص ٢٣.

(٤) جامع المقاصد: المتاجر / أحكام العقد (التسليم) ج ٤ ص ٣٩٧.

المقامين بل في كلّ مقام اعتبر الشارع فيه القبض؛ لتحقّقه عرفاً بإثبات اليد ـ بتصرّفٍ بل وبدونه ـ وإن لم يحصل فيه نقل، كما حقّقنا ذلك في كتاب البيع[١]، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

ومن الغريب ما يظهر من الفاضل في المقام: من التفصيل في المنقول بين الدابّة والفراش وبين غيرهما ـ فيتحقّق القبض في الأوّلين بالركوب والجلوس وإن لم يكن نقل ـ بخلاف غيرهما[٢]، ولا نعرف له وجهاً إلّا دعوى العرف المردودة على مدّعيها؛ ضرورة اتّحاد الجميع فيه.

↑ ج ٣٧ / ١٨

وأغرب منه دعوى كون القبض هنا كالقبض في البيع الذي ذكروا[٣] فيه: أنّه في المكيل والموزون لا يحصل إلّا بكيله ووزنه، فيقتضي حينئذٍ توقّف الغصب على ذلك، وهو معلوم الفساد.

﴿و﴾ على كلّ حال، فلا خلاف[٤] ولا إشكال عندنا في أنّه ﴿يصحّ غصب العقار ويضمنه الغاصب﴾ بل الإجماع بقسميه عليه[٥]،

---

(١) في ج ٢٤ ص ٢٨٠...

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٢. تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ ـ ٣٧٧ (الطبعة الحجرية).

(٣) قواعد الأحكام: المتاجر / أحكام العقد (التسليم) ج ٢ ص ٨٥. الدروس الشرعيّة: البيع / درس ٢٤٢ ج ٣ ص ٢١٣.

(٤) كما في رياض المسائل: الغصب / الأمر الأوّل ج ١٤ ص ٩.

(٥) ينظر الخلاف: الغصب / مسألة ١١ ج ٣ ص ٤٠٢ ـ ٤٠٣، وتذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٧ (الطبعة الحجرية)، ومسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥١، وكفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٣.

مضافاً: إلى ما سمعته[١] من النصوص وإلى صحّة بيعه وغيره ممّا يتوقّف على تحقّق القبض.

فما عن أبي حنيفة وتلميذه أبي يوسف: من عدم تصوّر غصبه ـ لعدم تصوّر إثبات اليد فيه[٢] ـ واضح الضعف، بل ﴿و﴾ الفساد؛ ضرورة كونه ﴿يتحقّق﴾ عرفاً ﴿غصبه بإثبات اليد عليه مستقلاً من[٣] دون إذن المالك﴾ من غير فرق بين أن يزعج المالك ـ فيخرجه ويدخلها بقصد السكنى ـ وعدمه بأن يستولي عليها ويتسلّم مفاتيحها وإن لم يدخلها أصلاً.

لكن في القواعد أنّه «يتحقّق الغصب في العقار بالدخول وإزعاج المالك؛ فإن أزعج ولم يدخل، أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج، لم يضمن»[٤].

ويمكن حمله على إرادة تحقّق الغصب بذلك ـ خصوصاً مع ملاحظة كلامه في التذكرة[٥] ـ لا توقّفه عليه كما فهمه منه في المسالك، وأورد عليه بالساكن مع المالك، وبغصب العقار مع غيبة المالك[٦].

---

(١) في ص ٩.

(٢) المبسوط (للسرخسي): ج ١١ ص ٧٣ ـ ٧٤، بدائع الصنائع: ج ٧ ص ١٤٥ ـ ١٤٦، مجمع الأنهر: ج ٢ ص ٤٥٥.

(٣) ليست في نسخة الشرائع.

(٤) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٢.

(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٧ (الطبعة الحجرية).

(٦) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥١ ـ ١٥٢.

ثمّ الظاهر أنّ تقييده بقصد الاستيلاء للاحتراز عن الداخل لا بقصده، بل لينظر إليه ليتّخذ مثله مثلاً؛ فإنّه ليس بغاصب عرفاً قطعاً.

↑ ج ٣٧ / ١٩

لكن لو انهدمت في تلك الحال فعن التذكرة: «في الضمان إشكال؛ ينشأ: من أنّه قد حصل التلف في يده؛ كما لو أخذ منقولاً من بين يدي مالكه لينظر إليه فتلف، فإنّه يضمنه. ومن الفرق بينهما: بأنّ اليد على العقار حكميّة لا حقيقيّة كاليد على المنقول، فلابدّ في ثبوت اليد على العقار من أمر آخر، وهو قصد الاستيلاء»[1].

وفي جامع المقاصد ـ بعد أن ذكر كلاماً يوهم اعتبار الأمرين في غصب العقار ـ قال: «وينبغي أن يقال: المزاحم للمالك في العقار إمّا أن يدخل عليه مستولياً أو لا، وعلى كلٍّ من التقديرين: إمّا أن يزعجه أو لا، وعلى كلّ تقدير: إمّا أن يكون الغير قويّاً والمالك ضعيفاً، أو بالعكس، أو يكونان قويّين، فهذه عدّة صور:».

«من يدخل على المالك مستولياً ـ ويزعجه أو لا يزعجه ـ ولكلٍّ منهما قوّة، فيضمن النصف؛ لأنّ الإزعاج للمالك غير معتبر في الغصب للعقار، كما ذكره في التذكرة. ولا يعتبر قصد الاستيلاء إذا تحقّق الاستيلاء، وإن اعتبره هنا وفي التحرير؛ لحصول اليد والاستيلاء حقيقةً، فهذه صورتان».

«ولو دخل الضعيف على القوي بقصد الاستيلاء فليس بغاصب؛ إذ

---

(١) المصدر قبل السابق.

لا أثر لقصد شيء لا يتمكّن من تحقيقه. ولو دخل القوي على الضعيف مستولياً بحيث اضمحلّت يده، فالمتّجه كونه غاصباً للجميع. ولا فرق في هذين الموضعين بين الإزعاج وعدمه، فهذه أربع صور أُخرى».

«ولو أزعج القوي لمثله ولم يدخل، أو القوي الضعيف كذلك، ففي تحقّق الغصب إشكال؛ ينشأ: من أنّ قبض العقار يكفي فيه التمكّن من التصرّف والتخلية وتسليم المفتاح كما سبق في البيع، وبذلك يدخل تحت يد المشتري وفي ضمانه، فيجب أن يكون هذا القدر كافياً في صدق الغصب. ومن أنّ العرف قاضٍ بأنّ الغصب إنّما يتحقّق بالدخول؛ لأنّ الاستيلاء به يحصل[1]».

ج ٣٧ / ٢٠

«ونحو ذلك قال في التذكرة، وهنا وفي التحرير جزم باشتراط الدخول، والمسألة موضع تردّد».

«ولا يتصوّر إزعاج الضعيف القوي، ولا أثر لانتفاء الدخول والإزعاج إلّا إذا كان المالك غائباً فأسكن غيره مع جهل الغير؛ فإنّ في الدروس: إنّ الآمر غاصب؛ لأنّ يد المأمور كيده، والساكن ليس بغاصب وإن ضمن المنفعة».

«ويشكل: بما لو انهدمت الدار وهو فيها مثلاً؛ فإنّ عدم التضمين مع إثبات يده بغير حقّ وإن كان مغروراً بعيد، فإن قال بثبوته ولم يسمّه

(١) في المصدر بعدها إضافة: الإزعاج.

غاصباً فلا مشاحّة في التسمية»[١].

وهو ملخّص ما ذكره في التذكرة[٢]، كما أنّ ما فيها تلخيص ما في بعض كتب الشافعيّة[٣].

ولعلّ الأولى من ذلك: إيكال الأمر في صدق الغصب وصدق أخذ اليد إلى العرف الذي هو المرجع في نحو ذلك؛ ضرورة عدم حصول كشف العرف بما ذكروه في صورة دخول الضعيف على القوي واستيلائه على ما تصرّف فيه وثبتت يده عليه، فإنّ عدم تحقّق الغصب به بناءً على أنّه الاستيلاء ممنوع؛ إذ قوّة المالك لا تنافي صدق الاستيلاء وإثبات اليد من الضعيف. وأوضح من ذلك استيلاء الضعيف دار المالك القوي الخالية عنه.

على أنّه لو سلّم عدم تحقّق الغصب ـ بناءً على اعتبار القهر فيه، أو الاستقلال المفقود في الصورة الأُولى ـ فلا ريب في الضمان من حيث قاعدة «اليد» وإن لم يكن غصباً.

ج ٣٧ / ٢١

وكذا ما ذكروه في صورة دخول القوي على الضعيف مستولياً: من اضمحلال يد المالك وكونه غاصباً للجميع؛ إذ يمكن منعه مع فرض بقاء تصرّف المالك وعدم رفع يده. وقدرة القوي على رفع يده لا يقتضي[٤]

---

(١) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢١١ ـ ٢١٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٧ (الطبعة الحجرية).

(٣) العزيز: ج ٥ ص ٤٠٧، روضة الطالبين: ج ٤ ص ١٩٠.

(٤) الأولى «لا تقتضي».

استقلاله بإثبات اليد، وحينئذٍ فلا يتّجه ضمانه الجميع على التقدير المزبور.

ودعوى اختصاصه باليد ممنوعة كلّ المنع، اللّهمّ إلّا أن يفرض دخوله على وجهٍ لم تبق له يد أصلاً وكان الجميع في يد القوي واستيلائه، وربّما يشهد لذلك ما عن بعض النسخ من فرضه على هذا الوجه.

وكذا ما ذكروه في صورة الإشكال الذي لا ينبغي حصوله مع فرض كون الإزعاج لتحقّق الاستيلاء، الذي يكفي مثله في قبض العقار وصيرورته تحت يده، كما في غصب الملك دار بعض رعيّته، فإنّ احتمال توقّف صدقه على دخوله واضح المنع في العرف.

كما أنّه لا ينبغي حصوله بالإزعاج الذي لم يقصد به الاستيلاء على الدار، فإنّ هرب المالك وإزعاجه ـ خوفاً من الملك على نفسه ـ لا يقتضي غصب الدار مع فرض عدم إرادة الاستيلاء عليها.

وبالجملة: إيكال الأمر إلى العرف ـ في صدق الغصب والقبض وإثبات اليد ـ أولى من الإطناب في ذكر الأفراد المختلفة باعتبار خصوصيّاتها.

ومن هنا لم يمكن كشف المعاني العرفيّة؛ باعتبار عدم الإحاطة بخصوصيّاتها التي تدرك بالذوق وحسن الانتقاد في كلّ موضع بخصوصه.

ولعلّ إلى هذا المعنى أشار المصنّف بقوله: «ويتحقّق...» إلى آخره: ضرورة عدم ذكره زيادة على ما سمعته من التعريف، فليس المراد منه إلّا الإيكال إلى العرف الذي لا ريب في تحقّقه بإزعاج المالك من داره واستيلائه عليها بأخذ المفاتيح ـ مثلاً ـ ونحوه وإن لم يدخل إليها، كما عرفت.

﴿وكذا لو أسكن غيره﴾ فيها بعنوان الإذن منه والرخصة، من غير فرقٍ بين جهل الساكن بالحال وعلمه، وإن كان في الثاني يكون كلّ منهما غاصباً، كما أنّ كلّاً منهما ضامن في الأوّل وإن لم يكن الجاهل غاصباً لعدم علمه بالحال، إلّا أنّه ضامن بإثبات اليد واستيلائه على مال الغير بغير حقٍّ في الواقع، فهو كالغاصب في ضمان العين والمنفعة وإن لم يسمّ غاصباً اصطلاحاً؛ لأنّ ضمان المأخوذ باليد ـ بعد فرض تحقّق صدقه عرفاً ـ لا يتوقّف مع ذلك على صدق الغصب معه؛ لعموم قاعدة «اليد».

↑ ج ٣٧ / ٢٢

فنفي الضمان من بعضهم هنا عمّا لم يتحقّق فيه الغصب وإن تحقّق فيه إثبات اليد[1]، لا وجه له، أو يراد منه نفيه من حيث الغصب.

وعلى كلّ حال ﴿فلو سكن الدار مع مالكها قهراً لم يضمن الأصل﴾ أي جميع الدار؛ لعدم استقلاله لإثبات اليد، بل مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين ضعف المالك وقوّته؛ لأنّ الفرض عدم رفع يده، بل هي

---

(١) إرشاد الأذهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.

باقية على نحو ما لو كان قويّاً .

﴿و﴾ من هنا ﴿قال الشيخ[١]: يضمن النصف﴾ مع فرض تساوي يديهما على الدار ، وتبعه الأكثر بل المشهور[٢]، بل لا نجد فيه خلافاً محقّقاً[٣] .

﴿و﴾ لكن في المتن وتبعه بعض من تأخّر عنه[٤]: ﴿فيه تردّد؛ منشؤه: عدم الاستقلال من دون المالك﴾ فلا يتحقّق الغصب الذي هو الاستقلال بإثبات اليد .

ولم نجده لأحد ممّن تقدّمه فضلاً عن الجزم بعدمه ، وإن حكاه المصنّف في النافع قولاً[٥]، بل عن التنقيح : نسبته إلى المبسوط[٦]، إلّا أنّا لم نتحقّقه ، وعلى تقديره فهو واضح الفساد؛ ضرورة صدق الغصب بذلك عرفاً ، المقتضي لاعتبار الاستيلاء فيه دون الاستقلال ، أو للقول

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٣.

(٢) نسبه إلى الأكثر في مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥٢، وكفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٣.

وصرّح بالحكم في كشف الرموز: كتاب الغصب ج ٢ ص ٣٨٠، وتحرير الأحكام: الغصب / أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢١، واللمعة الدمشقيّة: كتاب الغصب ص ٢٣٤، والمقتصر: كتاب الغصب ص ٣٤١، والروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٢١ ـ ٢٢.

(٣) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ٣٥.

(٤) كفخر الدين في شرح الإرشاد: الغصب / أسباب الضمان ذيل قول المصنّف: «ولو سكن مع المالك» ورقة ٦٦ (مخطوط).

(٥) المختصر النافع: كتاب الغصب ص ٢٤٧.

(٦) التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الأوّل ج ٤ ص ٦٦.

بتحقّقه هنا ولو بالنسبة إلى النصف .

ودعوى اعتباره فيه على معنى رفع يد المالك ولو على جهة المشاركة .

واضحة الفساد؛ لأنّ العرف أعدل شاهد بخلافها . بل مقتضى ذلك عدم الضمان على الشخصين المشتركين في غصب شيء واحد على وجهٍ لا استقلال لكلّ منهما ، وهو معلوم الفساد . اللّهمّ إلّا أن يفرّق بين شركة المالك وغيره ، ولكنّ العرف على خلافه قطعاً .

↑ ج ٣٧ / ٢٣

ودعوى : كون الغاصب حينئذٍ مجموعهما الذي حصل له وصف الاستقلال ، وتضمينه يقتضي التوزيع بينهما .

يدفعها : إمكان القول بمثله في الفرض وإن سقط الضمان بالنسبة إلى المالك؛ باعتبار عدم تصوّر ضمان ماله لنفسه .

بل إن لم يكن إجماعاً أمكن القول بضمان الغاصب لجميع عين الدار ـ مع فرض إثبات يده عليها جميعها بالتصرّف والانتفاع ونحوهما ـ وإن كان المالك أيضاً متصرّفاً بها أجمع ، فإنّ اجتماع اليدين على الكلّ بالمعنى المزبور غير ممتنع .

والحكم بالتنصيف في الملكيّة في مثله باعتبار عدم تعقّل الحكم بملكيّة الجميع الذي هو مقتضى اليد لكلّ منهما ، فليس حينئذٍ إلّا التنصيف بينهما كالبيّنتين ، لا لأنّ يد كلّ منهما على النصف ، كما أوضحنا ذلك في كتاب القضاء[1] ، أمّا في المقام فلا مانع من الحكم

---

(١) في ج ٤١ ص ٥٩٦ ...

بضمان الغاصب لجميع العين باستيلائه على جميعها ، الذي لا ينافيه استيلاء المالك أيضاً على جميعها .

هذا بالنسبة إلى العين .

أمّا بالنسبة إلى المنفعة فيضمن الغاصب كلّ منفعة للعين ـ التي صارت في يده واستيلائه ـ سواء استوفاها أو لا ، نعم ما استوفاها المالك منها تسقط عن ضمانه باعتبار استيفاء المالك لها ، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق ، هذا .

وفي الرياض تبعاً للكفاية[1] : «لا بدّ من التقييد بكونه متصرّفاً في النصف ـ مثلاً ـ بحيث يمنع المالك من أنواع التصرّفات فيه كالبيع والهبة وأمثالهما ، لا مجرّد السكنى»[2] .

↑ ج ٣٧ / ٢٤

وفيه : أنّه يكفي في ضمانه النصف إثبات يده بالسكنى على الإشاعة وإن لم يمنعه عن التصرّفات المزبورة؛ لصدق «على اليد ...»[3] .

وعن مجمع البرهان : «أنّ ذلك ـ أي ضمان النصف ـ إذا شاركه في كلّ موضع من البيوت؛ بحيث ما يزاحمه ولا يزعجه إلّا عن النصف» ثمّ قال : «ويمكن أن يكون الحكم كذلك إذا شاركه في البيوت من

---

(١) كفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٣.

(٢) رياض المسائل: الغصب / الأمر الأوّل ج ١٤ ص ١١ ـ ١٢.

(٣) تقدّم في ص ٦.

غير تعيين نصف، بل يقول له: أنا وأنت نكون في هذه الدار، مع إثبات يده على الكلّ وعدم منعه من شيء، مثل الشريكين بالنصف وأحدهما يأذن للآخر»[١].

واستجوده بعض من تأخّر عنه، وقال: «لا فرق بعد فرض تصرّفه في قدر النصف أو أقلّ أو أكثر؛ لأنّ المتصرّف في جميع الدار ـ مثلاً ـ اثنان، فيحال الضمان عليهما كالجنايات، فلو جنيا عليه ومات من جنايتهما كانت الدية عليهما نصفين، وإن كان أحدهما جرحه ألف جرح والآخر جرحاً واحداً»[٢].

قلت: لا يخفى عليك ما في ذلك كلّه بعد الإحاطة بما ذكرناه، وأنّه لا يقاس المقام ـ الذي بناء الضمان فيه على قاعدة «اليد» ـ على الجناية التي يصدق أنّهما معاً قتلاه وإن تعدّدت جناية أحدهما دون الآخر، بخلاف المقام الذي فرض فيه صدق «الاستيلاء على الجميع» و«اليد» على كلٍّ منهما، فيضمن الجميع من كانت يده يد ضمان دون الآخر؛ إذ ليس يد كلٍّ منهما على النصف حتّى يختصّ ضمانه به.

وكذا لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه ما في المحكي عن أبي العبّاس في كتابيه من أنّ «الغاصب لا يضمن من الأُجرة إلّا قدر ما ينتفع به من السكنى»[٣]؛ إذ قد عرفت أنّ المتّجه ضمانه لكلّ منفعة

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠٤ ـ ٥٠٥.

(٢) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ٣٧.

(٣) المهذّب البارع: الغصب / الأمر الأوّل ج ٤ ص ٢٤٨، المقتصر: كتاب الغصب ص ٣٤١.

ـ عدا ما استوفاها المالك ـ من غير فرقٍ بين ما استوفاها وما لم يستوفها؛ لأنّ يده يد ضمان على العين وعلى المنفعة، بل القائل بالتنصيف يضمّنه منفعة النصف وإن لم يستوفها.

بل قد يظهر لك بالتأمّل فيما ذكرناه: ما ذكره غير واحد من التفريع على القول بالتنصيف ـ منهم الفاضل المقداد في التنقيح ـ «أنّه لو كان المالك أكثر من واحد هل يلزم الغاصب النصف أيضاً أو بالنسبة، فلو كانا اثنين لزمه الثلث وثلاثة لزمه الربع؟ الأقرب الأخير، كما لو تعدّد الغاصب. والتحقيق يقتضي الضمان على نسبة ما استولى عليه واستقلّ به؛ إن نصفاً فنصف وإن ثلثاً فثلث وإن ربعاً فربع ... وهكذا»[1]. وظاهره كون التحقيق غير ما جعله الأقرب أوّلاً.

وفي الرياض: «أنّ ظاهر العبارة ونحوها من عبائر الجماعة يقتضي عدم الفرق في ضمانه النصف بين وحدة المالك وتعدّده. ويحتمل تخصيصها بالصورة الأُولى والرجوع في الثانية إلى الضمان بالنسبة». ثمّ حكى ما سمعته من التنقيح وقال: «هو جيّد»[2].

قلت: قد عرفت أنّ ضمان العين يتبع اليد والاستيلاء، فمع فرض صيرورتها أجمع تحت يده ـ على وجهٍ لا ينافي كونها مع ذلك تحت يد المالك ـ يتّجه ضمان الجميع. نعم، لو فرض تصوّر كون الداخل تحت

---

(١) التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الأوّل ج ٤ ص ٦٧.

(٢) رياض المسائل: الغصب / الأمر الأوّل ج ١٤ ص ١١.

يده النصف مشاعاً أو الثلث كذلك من دون تصرّف في الجميع اتّجه حينئذٍ ضمان ذلك عليه خاصّة.

وأمّا المنفعة فيضمن منها منفعة ما كان في يده من غير فرقٍ بين ما استوفاه وغيره عدا ما استوفاه المالك، نعم لو فرض كون ما في يده النصف، ولكنّ نسبة انتفاعه بها إلى انتفاع المالك ثلثان وثلث، اتّجه حينئذٍ ضمان النصف للعين والثلثين للانتفاع.

↑ ج ٣٧ / ٢٦

وبالجملة: فالمسألة في غاية الغموض، ومحتاجة إلى التأمّل التامّ، والله العالم.

هذا كلّه في قهر الغاصب المالك لقوّته بالنسبة إليه.

﴿و﴾ أمّا ﴿لو كان الساكن ضعيفاً عن مقاومة المالك لم يضمن﴾ من حيث الغصب قطعاً بناءً على اعتبار القهر في مفهومه، الذي لا يتصوّر في الفرض. وأمّا ضمانه من حيث اليد فقد عرفت الحال فيه وأنّ المتّجه فيه الضمان.

وفي الدروس: «لو سكن الضعيف مع المالك القوي فهو ضامن للمنفعة، وفي كونه غاصباً الوجهان»[1].

قلت: قد عرفت ضمانه العين أيضاً لو تلفت ـ لقاعدة «على اليد...» ـ وإن لم نقل بكونه غاصباً.

﴿ولو كان المالك غائباً ضمن﴾ بلا خلاف أجده فيه بيننا[2]، وإن

---

(١) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٦.

(٢) عدم الخلاف ظاهر مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥٣. ونفى الشبهة ←

كان الساكن ضعيفاً، معلّلين[١] له: بأنّه غاصب؛ لأنّ الاستيلاء حاصل في الحال، وأثر قوّة المالك سهولة انتزاعه من يده، وليس بمتحقّق.

ولكن لا يخفى عليك أنّ مثله آتٍ في الحاضر القوي؛ ضرورة عدم الفرق في سكناه مع عيال المالك بين حضور المالك وغيبته، وكذا سكناه في دار المالك القوي الخالية التي صرّح في التحرير بضمانها[٢]؛ إذ القهريّة منتفية على كلّ حال، كما أنّ الاستيلاء حاصل على كلّ حال.

ولا يراد بالأخذ المستفاد من قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت»[٣] أزيد من هذا، بل الظاهر عدم اعتبار قصد الغصبيّة فيه. ومنه يعلم الوجه في ضمان المأخوذ للنظر ونحوه، وإن استشكل فيه من عرفت.

↑ ج ٣٧ / ٢٧

بل في الدروس: «لو رفع كتاباً بين يدي المالك؛ فإن قصد الغصب فهو غاصب، وإن قصد النظر إليه ففي كونه غاصباً الوجهان»[٤]. مع أنّ منشأ الوجهين المذكورين في كلامه سابقاً[٥]: الشكّ في أنّ الغصب «الاستقلال» أو «الاستيلاء»، وهما معاً في الفرض حاصلان.

← فيه في رياض المسائل: (الهامش قبل السابق: ص ١٢).

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٧ (الطبعة الحجرية). مسالك الأفهام: (انظره في الهامش السابق).

(٢) تحرير الأحكام: الغصب / أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢١.

(٣) تقدّم في ص ٦.

(٤) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٦.

(٥) المصدر السابق.

نعم، يمكن الشكّ في كون المراد بـ«الأخذ» ـ المستفاد من قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت»[١] ـ الاستبداد بالشيء كالمالك، أو الأعمّ منه وممّا يشمل الأخذ للنظر ونحوه؟

الظاهر الثاني، بل لعلّه الموافق لكلمات الأصحاب في غير المقام التي لا تخلو من تشويش نشأ من إطناب الشافعيّة في تنقيح أفراد الغصب عرفاً[٢]، ولعلّه لأنّه من حيث كون الغصب سبباً للضمان عندهم.

وأمّا نحن فقاعدة «اليد» أعمّ عندنا منه، ومساوية له في كيفيّة الضمان بالآفة السماويّة وغيرها، وإن كان هو أيضاً سبباً؛ لقوله عليه السلام في الخبر السابق: «كلّ مغصوب مردود»[٣].

نعم، ينبغي تنقيح قاعدة «اليد»، ولا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه تحقيق القول فيها، وأنّه لابدّ في الضمان من إثباتها؛ لأنّه هو معنى الأخذ، لكن يكفي فيه الأخذ المشترك ولو مع المالك كما عرفت البحث فيه. والأولى من ذلك: إيكاله إلى العرف، والتمسّك في محالّ الشكّ فيه بأصل البراءة ونحوه، كما سمعته في الغصب والقبض، والله العالم.

﴿وكذا لو مدّ بمقود دابّة فقادها﴾ بقصد الاستيلاء عليها أو ساقها كذلك ﴿ضمن﴾ وإن كان مالكها حاضراً لكن غير مثبت يده عليها؛ لأنّه

---

(١) تقدّم في ص ٦.

(٢) روضة الطالبين: ج ٤ ص ١٨٩ ...

(٣) تقدّم في ص ٨ بتعبير «الغصب كلّه مردود».

ج ٣٧ / ٢٨

حينئذٍ غاصب بمعنى: مستقلّ بإثبات يده ومستولٍ ومحتوٍ ﴿و﴾ آخذ.

نعم، في المتن: ﴿لا يضمن لو كان صاحبها راكباً لها﴾ كما في محكيّ المبسوط[١]، ومرادهما ـ على الظاهر ـ كونه مع ذلك قادراً على منع الغاصب، كما في القواعد[٢] وجامع المقاصد[٣] والمسالك[٤] وغيرها[٥]؛ لعدم صدق «الاستيلاء» فضلاً عن «الاستقلال» و«الأخذ».

وإليه يرجع ما في الإرشاد: «إلّا أن يكون المالك راكباً، إلّا مع الإلجاء»[٦] بمعنى كونه ملجأ غير قادر على دفعه. كقوله في غيره: «ولو يمدّ[٧] بمقود دابّة وصاحبها راكبها فلا استقلال، إلّا مع ضعفه عن المقاومة»[٨].

ولعلّ وجهه حينئذٍ: صيرورة يده بمنزلة العدم في جنب القائد المفروض كونه قاهراً مستولياً، نحو ما سمعته في الداخل القوي على مالك الدار الذي يده معه ـ لضعفه، وإن لم يزعجه ـ بمنزلة العدم، فيضمن الجميع حينئذٍ.

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٣.

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٣.

(٣) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٢٠.

(٤) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥٤.

(٥) ككفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٤.

(٦) إرشاد الأذهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.

(٧) في بعض النسخ بدلها: مدّ.

(٨) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٦.

مع أنّك قد عرفت الإشكال فيه سابقاً مع صدق بقاء يده وتصرّفه، وإن كان الغاصب قادراً على رفعهما، إلّا أنّه ما لم يتحقّق لا يصدق «الاستقلال» و«الاستيلاء» للجميع، ومثله يأتي في المقام، ولعلّه لذا تأمّل فيه المقدّس الأردبيلي، خصوصاً مع ملاحظة الحكم له باليد في مقام التنازع[١].

كما أنّه قد يشكل ما ذكروه ـ من عدم الضمان لو كان المالك الراكب قادراً ـ بما تقدّم لهم من ضمان النصف بدخول الساكن قهراً مع المالك. ولعلّه لذا لم يفرّق بعضهم بين المسألتين[٢]، بل لعلّ حكاية العدم قولاً في المسألة السابقة ـ كما في النافع[٣] ـ مأخوذ من هذه المسألة.

وربّما فرّق[٤]: بأنّ القائد لا استيلاء له ـ مع المالك الراكب ـ على نصف ولا ربع؛ لأنّه أقوى يداً وأكثر تصرّفاً، ولهذا يحكم له بها عند التنازع.

وفيه: أنّه لا يتمّ على القول بالتنصيف عند التداعي، كما عن الخلاف[٥] والسرائر[٦] وثاني المحقّقين[٧] والشهيدين[٨]، بل عن ثاني

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠٩.

(٢) التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الأوّل ج ٤ ص ٦٦.

(٣) المختصر النافع: كتاب الغصب ص ٢٤٧.

(٤) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ٧٢.

(٥) الخلاف: الصلح / مسألة ٥ ج ٣ ص ٢٩٦.

(٦) السرائر: الديون / باب الصلح ج ٢ ص ٦٧.

(٧) جامع المقاصد: الصلح / في التنازع ج ٥ ص ٤٤٠.

(٨) مسالك الأفهام: الصلح / النزاع في الأملاك ج ٤ ص ٢٩٧.

ج ٣٧/ ٢٩ الشهيدين التصريح في باب الديات بأنّ جنايتها بيدها على القائد والراكب بالتنصيف[١]، فيضمن النصف أيضاً هنا باعتبار إثبات يده مع يد المالك، كما لو ركبها معه.

بل قد يقال بضمانه الكلّ في الفرض؛ باعتبار صدق «الاستيلاء» و«الأخذ» الذي لا ينافيه قدرة المالك على الدفع إذا لم يدفع، كما إذا لم يكن راكباً لها وكان حاضراً قادراً على الدفع، أقصاه إثبات يده، ولا ينافي ذلك يد الغاصب بل ولا استقلاله واستيلاؤه وأخذه واحتواؤه. بل هو بقوده لها وعدم ممانعة المالك له استولى عليه وعليها، نحو ما سمعته في الساكن المتصرّف بجميع الدار مع عدم إزعاج المالك.

ولعلّ إيكال الأمر في ذلك إلى العرف ـ المختلف باختلاف الأحوال والخصوصيّات ـ أولى.

وعلى كلّ حال، فلا خلاف ولا إشكال في ضمانه لها ـ لو اتّفق تلفها بقوده لها ـ وإن كان الراكب قويّاً على الدفع، بل لا يبعد ضمانه لمنفعتها التي فاتت على المالك بقوده.

وكذا لو ساق الدابّة وكان لها جماح فشردت بسوقه فوقعت في بئر ضمن، والله العالم.

﴿وغصب الأمة الحامل﴾ مثلاً ﴿غصب لحملها[٢]﴾ أيضاً

---

(١) الروضة البهيّة: الديات / الفصل الأوّل (المسألة التاسعة) ج ١٠ ص ١٦٣.

(٢) أُشير إلى نسخة في هامش المعتمدة ـ مطابقة لنسختي الشرائع والمسالك ـ بدلها: لولدها.

بلا خلاف[١] ولا إشكال ﴿لثبوت يده﴾ بل استقلاله واستيلائه ﴿عليهما﴾ فيضمنهما حينئذٍ معاً، ولو بضمان تفاوت قيمتها حاملاً وحائلاً لو أسقطت.

وإن تلفت[٢] بعد الوضع ففي المسالك: «اُلزم بالأكثر من قيمة الولد وقيمتها حاملاً إن اعتبرنا الأكثر، وإلّا فقيمته يوم التلف»[٣].

ولعلّ المراد: قيمة الولد يوم التلف، فيكون المعنى: أنّه إذا تلف الولد بعد الوضع غرم الأكثر من قيمة الولد إلى يوم التلف مضافاً إلى الأكثر من تفاوت قيمتها حاملاً وحائلاً، وعلى القول باعتبار وقت التلف كان عليه قيمة الولد حينه وقيمة التفاوت كذلك إن كان.

↑ ج ٣٧ / ٣٠

وكأنّ ما في المسالك مأخوذ ممّا في التحرير، قال فيه: «لو غصب الأمة الحامل كان غاصباً للحمل، فلو تلف الحمل اُلزم بقيمته بأن تقوّم الأمة حاملاً وغير حامل، ويلزم بالتفاوت. ولو تلف بعد الوضع اُلزم بالأكثر من قيمته وقت الولادة إلى يوم التلف، وكذا البحث في الدابّة الحاملة»[٤].

وعلى كلّ حال، فلا إشكال في ضمان الحمل والحامل في الفرض.

بل في التذكرة[٥] والتحرير[٦]: ﴿وكذا يضمن حمل الأمة المبتاعة

---

(١) كما في رياض المسائل: الغصب / الأمر الأوّل ج ١٤ ص ١٢.

(٢) أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: تلف.

(٣) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥٥.

(٤) تحرير الأحكام: الغصب / أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢١ ـ ٥٢٢.

(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ (الطبعة الحجرية).

(٦) المصدر قبل السابق: ص ٥٢٢.

بالبيع الفاسد﴾ لعموم: «على اليد...»[١].

لكن في القواعد[٢] والدروس[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] وغيرها[٦]: عدم الضمان؛ لعدم كونه مبيعاً حتّى يضمن بقاعدة «ما يضمن بصحيحه...»[٧]، فهو حينئذٍ أمانة في يد المشتري.

وفيه: أنّه مع فرض عدم إذن من المالك إلّا الإذن البيعيّة التي فرض عدمها يتبيّن[٨] الفساد، فيتّجه الضمان حينئذٍ؛ لعدم الإذن والأصل الضمان. وقاعدة «ما يضمن...» بناء الضمان فيها على ذلك، وإلّا فهي ليست من أسبابه من حيث نفسها. وحينئذٍ فلا حاجة إلى ما في الدروس: من حمل القول بالضمان على إرادة اشتراط دخول الحمل[٩].

نعم، لا وجه للقول بضمان حمل المقبوض بالسوم مع فرض

---

(١) تقدّم في ص ٦.

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٣.

(٣) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٨.

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٢٠.

(٥) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥٥.

(٦) كالروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٢٤، ومجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١١.

(٧) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٧، جامع المقاصد: ج ٥ ص ١٣٢، مسالك الأفهام: ج ٣ ص ١٥٤، مجمع الفائدة والبرهان: ج ٨ ص ١٩٢.

(٨) تحتمل بعض النسخ: بتبيّن.

(٩) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٨.

كون السوم على الحامل دون الحمل، كما صرّح به غير واحد[١]؛ لكونه أمانة صرفة في يده، وضمان الحامل على خلاف مقتضى القواعد فيقتصر عليه.

لكن عن التذكرة: التصريح بضمانه أيضاً[٢]، ويمكن حمله على المفروض دخوله في السوم مع الحامل، أو يقال: بأنّه مقتضى عموم «على اليد...»[٣] الذي لا ينافيه كونه بالإذن بعد انصراف الأمانة ـ المنفي عنها الضمان ـ إلى غير الفرض، فتأمّل جيّداً، هذا.

↑ ج ٣٧ / ٢١

وقال في الدروس: «ولو أثبت يده على مسجد أو رباط أو مدرسة على وجه التغلّب ومنع المستحقّ فالظاهر ضمان العين والمنفعة»[٤].

وقد يشكل الضمان في المسجد ونحوه من المشاعر ممّا لم تكن المنفعة فيه ملكاً للناس وإن ملكوا الانتفاع به؛ إذ هو غير المنفعة، فلا ماليّة حينئذٍ حتّى يتّجه الضمان وإن تحقّق الغصب في مثله.

ولعلّه لذا صرّح بعض الشافعيّة: بتحقّق الغصب والإثم بإقامة من قعد في مسجد أو موات أو استحقّ سكنى بيت برباط، ويجب الردّ في الأعيان الاختصاصيّة، وفي المنافع الاختصاصيّة بتعلّق الإثم، ثمّ قال:

---

(١) كالعلّامة في القواعد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٣. والشهيد الأوّل في الدروس: (الهامش السابق). والشهيد الثاني في المسالك: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ (الطبعة الحجرية).

(٣) تقدّم في ص ٦.

(٤) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٦.

ولا ضمان في شيء من متعلّقات الاختصاص[١].

وهو جيّد فيما ليس هو بمال كالمسجد، أمّا ما كان ملكاً للمسلمين أجمع كالطرق ونحوها فلا بأس بالقول بالضمان عيناً ومنفعةً، بل المسجد الموقوف ـ لا المخلوق مشعراً ـ كذلك أيضاً إن قلنا بكونه ملكاً للمسلمين عيناً ومنفعةً، وإن كان هو لا يخلو من نظر؛ لقوّة احتمال كونه كالتحرير في الخروج عن الماليّة.

وقد تقدّم ما في المسالك[٢] من انتقاض التقييد في التعريف بمال الغير «بما لو استولى المالك على ماله المرهون عدواناً، فإنّه يضمنه مع التلف بالمثل أو القيمة ويكون رهناً، وحقّ المرتهن لا يسمّى مالاً وإن نزّل منزلته».

«وبما لو استقلّ باليد على حقّ الغير في نحو المدرسة والرباط والمسجد والتحجير، فإنّه في جميع ذلك غاصب، مع أنّه لم يستول على ماله».

«وبما لو غصب الوقف العامّ فإنّه ليس ملكاً للغير، أو الخاصّ على القول بانتقال ملكه إلى الله، إلّا أن يراد من الغير ما يشمل الله تعالى، وهو بعيد»[٣].

↑ ج ٣٧ / ٣٢

---

(١) انظر إعانة الطالبين: ج ٣ ص ١٣٧.

(٢) تقدّم ـ من دون نسبة إلى المسالك ـ في ص ١٢.

(٣) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٤٧ ـ ١٤٨.

وفي الدروس : «وإضافة المال إلى الغير ـ أي في التعريف ـ ليخرج به مال نفسه ، فإنّه لو أثبت يده على مال نفسه عدواناً كالمرهون في يد المرتهن فليس بغاصب ، إلاّ أن ينزّل استحقاق المرتهن منزلة المال ، مع أنّه لو تلف بعد التعدّي ضمن قيمته أو مثله ، ويكون رهناً»[١].

قلت : لا إشكال في تحقّق الغصب ـ بمعنى القهر على غير الحقّ ، الذي هو نوع من الظلم ـ في مثل ذلك ، وأمّا الضمان فلا يكون إلاّ للمال ، ووجوب دفع المثل أو القيمة لتكون رهناً لو أتلفه ليس ضماناً لحقّ الارتهان ، بل هو حكم شرعي لدليله ، والله العالم .

﴿ولو تعاقبت الأيدي الغاصبة على المغصوب تخيّر المالك في إلزام أيّهم شاء، أو إلزام الجميع﴾ أو البعض ﴿بدلاً واحداً﴾ على حدّ سواء أو مختلفاً ، بلا خلاف[٢] ولا إشكال ، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه ، بل في مجمع البرهان دعواه[٣].

لأنّ كلاًّ منهم غاصب ، مخاطب بردّ العين أو القيمة؛ لقوله عليه‌السلام : «كلّ مغصوب مردود»[٤]، و«على اليد ما أخذت»[٥]، وقوله تعالى : «فمن اعتدى عليكم»[٦]، و«جزاء سيّئة»[٧] وغيرهما ممّا دلّ على العقاب

---

(١) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٧.

(٢) كما في رياض المسائل: الغصب / الأمر الأوّل ج ١٤ ص ١٣.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٦ ـ ٥١٧.

(٤) تقدّم في ص ٨ بعنوان «الغصب كلّه مردود».

(٥) تقدّم في ص ٦ .

(٦) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٧) سورة يونس: الآية ٢٧.

↑ ج ٣٧ / ٣٣

بمثل ما عوقب[١]، وأنّ «الحرمات قصاص»[٢] ونحوه.

ولا فرق في تعاقب أيديهم بين كونه بصورة الضمان ببيع فاسد ونحوه، وعدمه.

نعم، قرار الضمان على من تلف المغصوب في يده منهم؛ بمعنى: أنّه لو رجع المالك على غيره رجع هو عليه، مع فرض عدم زيادة في العين يختصّ الأوّل بضمانها؛ بخلاف ما لو رجع عليه نفسه فإنّه لا رجوع له على غيره؛ لأنّ ذمّته المشغولة للمالك بالبدل، وإن جاز له إلزام غيره ـ باعتبار الغصب ـ بأداء ما اشتغلت ذمّته به، فيملك حينئذٍ من أدّى بأدائه ما للمالك في ذمّته بالمعاوضة الشرعيّة القهريّة.

وبذلك اتّضح: الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمّي؛ إذ لا دليل على شغل ذمم متعدّدة بمال واحد، فحينئذٍ يرجع عليه ولا يرجع هو.

كما أنّه اتّضح لك أيضاً: جواز مطالبة الكلّ ببدل واحد على السواء ومختلفاً؛ لأنّه إذا جاز له مطالبة كلّ منهم بالجميع فالبعض بطريق أولى، ويرجع حينئذٍ غير من تلف المال في يده على من تلف المال في يده بمقدار ما أدّى.

بل ظاهر عدم تقييد الأيدي بكونها غاصبة ـ في النافع[٣] واللمعة[٤] ـ

---

(١) سورة النحل: الآية ١٢٦.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٣) المختصر النافع: كتاب الغصب ص ٢٤٧.

(٤) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الغصب ص ٢٣٤.

يقتضي عدم الفرق في الضمان بين الجاهل والعالم وإن افترقا في الإثم وعدمه، والغرور وعدمه، بل هو صريح المحكي عن المبسوط[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] والروضة[٦] والكفاية[٧]، بل لم يرد المصنّف من التقييد المزبور إخراج الجاهل؛ لتصريحه بعد ذلك بالرجوع على الجاهل.

نعم، ما تقدّم في الدروس سابقاً[٨] ـ من أنّ الساكن في البيت بأمر الغاصب جاهلاً يضمن المنفعة ـ ظاهر في ضمانها خاصّة.

ج ٣٧ / ٣٤

ومن هنا نشأت الشبهة على المقدّس الأردبيلي، فتردّد أو مال إلى عدم الرجوع على الجاهل المغرور[٩] الذي لم يعلم اندراجه في قوله صلى الله عليه وآله في خبر سمرة بن جندب: «على اليد...»[١٠] الذي لم تثبت صحّته ولا تواتره، بعد معلوميّة عدم كونه غاصباً، وإلّا لكان آثماً.

وفيه: ـ بعد إمكان تحصيل الإجماع على خلافه ـ أنّ عدم تواتره

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٨.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٧ (الطبعة الحجرية).

(٣) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٤١.

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٢٥.

(٥) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥٦.

(٦) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٢٥.

(٧) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٩.

(٨) في ص ٢٦.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٧ ـ ٥١٨.

(١٠) تقدّم في ٦.

بل وعدم صحّته لا يقدح بعد العمل به الجابر له سنداً ودلالةً.

بل نصوص المغصوب ـ التي منها قوله عليه‌السلام: «كلّ مغصوب مردود»[1] ـ شاملة له؛ ضرورة صدق المغصوبيّة على ما في يده وإن لم يكن هو الغاصب.

وعدم كونه مخاطباً بالخطاب التكليفي لجهله لا يقتضي عدم كونه مخاطباً بالخطاب الوضعي.

وقاعدة الغرور[2] ظاهرة في الرجوع عليه وإن رجع هو على من غرّه فيما إذا لم تكن يده يد ضمان ولم يكن التلف مباشرةً منه بغير غرور؛ كما لو أعاره الغاصب إيّاه عاريةً غير مضمونة أو أودعه إيّاه فتلف بآفة سماويّة مثلاً. أمّا إذا كانت يده يد ضمان أو باشر هو إتلافه بغير غرور فلا رجوع له، كما ستسمع تفصيله إن شاء الله تعالى عند تعرّض المصنّف له.

والمراد من عبارة الدروس ما ذكرناه سابقاً من أنّ الضمان للمنفعة مستقرّ على الساكن، بخلاف العين، فإنّه يرجع به على الغارّ كما صرّح به في المقام، قال: «وتعاقب الأيدي العادية على العين يوجب تضمين كلّ واحد منهم، وقرار الضمان على من تلفت في يده، فيرجع غيره

---

(١) تقدّم في ص ٨ بعنوان «الغصب كلّه مردود».

(٢) أرسل الخبر الدالّ على ذلك في جامع المقاصد: ج ١٣ ص ٢٩٥، والعناوين الفقهيّة: عنوان ٥٩ ج ٢ ص ٤٤٣.

عليه لو رجع عليه، ولو كان فيهم يد غير عادية فقرار الضمان على الغارّ»[1].

↑ ج ٣٧ / ٣٥

وإن كان لا يتمّ إطلاقه فيما لو كانت اليد الأُولى عادية غارّة، والثانية مغرورة، والثالثة عادية لعلمها بالغصب مثلاً، فلو رجع المالك على الثانية المغرورة لم يكن قرار الضمان على الغارّ الذي هو الأوّل. فالمتّجه: تقييد ذلك بما إذا كان التلف في يد المغرور، لا مطلقاً حتّى في مثل الفرض الذي لم يكن التلف في يده.

أو يقال: باختصاص قاعدة الغرور بما إذا كان التلف في يده، وحينئذٍ يتّجه في المثال الرجوع على من تلف المال في يده خاصّة دون الأوّل، بخلافه على السابق، فإنّ المتّجه فيه التخيير بين الرجوع على الغارّ ـ وإن رجع هو على من تلف المال في يده ـ وبين الرجوع على من تلف المال في يده ابتداءً؛ جمعاً بين القاعدتين لعدم تنافيهما، هذا.

ومرادنا بما ذكرنا ـ من رجوع الجاهل على غيره لو رجع عليه ـ إذا كان مغروراً، أمّا مع عدم الغرور فلا رجوع له، بل هو حينئذٍ كالعالم في ذلك، بل مرادنا أيضاً بالجاهل: غير العالم بالغصب من غير فرقٍ بين الغافل والناسي وغيرهما، والله العالم.

﴿والحرّ لا يُضمن بالغصب ولو كان صغيراً﴾ لا عيناً ولا منفعةً،

---

(١) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٨.

بلا خلاف محقّق أجده فيه[١] ـ على معنى كونه كغصب المال الموجب للضمان وإن مات حتف أنفه ـ بل ولا إشكال؛ ضرورة عدم كونه مالاً حتّى يتحقّق فيه الضمان.

وما في النافع من أنّه «لو كان ـ أي التلف ـ لا بسببه؛ كالموت ولدغ الحيّة، فقولان»[٢] لم نتحقّقه. ونحوه ما عن المفاتيح من نسبة ما في المتن إلى القيل[٣]، والكفاية إلى المشهور[٤].

ولذا قال في محكيّ المهذّب[٥] والمقتصر[٦]: «إنّ الأصحاب على خلافه» أي القول المحكي في النافع، كما عن التنقيح الاعتذار عنه بالمسامحة[٧]، بل فيه[٨] وفي الروضة[٩]: الإجماع على عدم ضمان الصغير إذا كان تلفه بالموت الطبيعي.

↑ ج ٣٧ / ٣٦

ومن هنا طفحت عباراتهم بعدم ضمان الحرّ بالغصب، وأنّه إنّما يضمن عيناً بالجناية عليه مباشرةً أو تسبيباً ﴿و﴾ منفعةً بالاستيفاء أو

---

(١) كما في مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١١.

(٢) المختصر النافع: كتاب الغصب ص ٢٤٧.

(٣) لم ينسبه إلى القيل. وإنّما ناقش في عدم الضمان. انظر مفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٦٤ ج ٣ ص ١٧١.

(٤) كفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٤.

(٥) المهذّب البارع: الغصب / الأمر الأوّل ج ٤ ص ٢٤٩.

(٦) المقتصر: كتاب الغصب ص ٣٤٢.

(٧) التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الأوّل ج ٤ ص ٦٨.

(٨) المصدر السابق: ص ٦٧.

(٩) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٢٧ (ظاهرها الإجماع).

تسبيباً على الوجه الذي سيأتي إن شاء الله .

بل ﴿لو أصابه غرق أو حرق[١] أو﴾ غيرهما فضلاً عن أن يصيبه ﴿موت في يد الغاصب من غير تسبيبه[٢] لم يضمنه[٣]﴾ للأصل ، كما عن مبسوط الشيخ[٤] وإيضاح الفخر[٥] وغيرهما[٦]، بل في المسالك : نسبته إلى الأشهر[٧]، بل عن الكفاية إلى المشهور[٨] ﴿و﴾ إن كنّا لم نتحقّقه .

بل ﴿قال﴾ الشيخ ﴿في كتاب الجراح﴾ من المبسوط[٩]: ﴿يضمنه الغاصب إذا كان صغيراً﴾ أو مجنوناً ﴿وتلف بسبب كلدغ الحيّة والعقرب ووقوع الحائط﴾ بل في الدروس[١٠] ومحكيّ الخلاف[١١] والمختلف[١٢]: «هو قويّ» ، وعن المقتصر :

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: حرق أو غرق.
(٢) في نسخة المسالك: تسبّبه.
(٣) في نسخة الشرائع: يد غاصب من غير سببه لم يضمن.
(٤) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٥.
(٥) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٦٨.
(٦) كظاهر اللمعة الدمشقيّة: كتاب الغصب ص ٢٣٤، ومال إليه في كفاية الأحكام: (انظر الهامش بعد اللاحق).
(٧) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥٨.
(٨) كفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٤.
(٩) المبسوط: الجراح / صفة قتل العمد ج ٧ ص ١٨.
(١٠) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٦.
(١١) الخلاف: الغصب / مسألة ٤٠ ج ٣ ص ٤٢١.
(١٢) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٣٥.

«هو حسن»[١]، بل عن التبصرة[٢] وتعليق الإرشاد[٣] وغيرهما[٤] اختياره، وهو المحكي عن أبي حنيفة أيضاً[٥].

ولا ترجيح في النافع[٦] وكشف الرموز[٧] والتحرير[٨] والإرشاد[٩] والتذكرة ـ في موضع منها[١٠] ـ وغاية المراد[١١] والتنقيح[١٢] والمهذّب البارع[١٣] والروضة[١٤] على ما حكي عن بعضها.

نعم، لا وجه ظاهر يقتضي الضمان؛ إذ دعوى كونه بغصبه صار سبباً شرعاً لتلفه ـ كحفر البئر ـ واضحة المنع.

والخبر: «... من استعار حرّاً صغيراً فعيب ضمن»[١٥] لا جابر له

(١) المقتصر: كتاب الغصب ص ٣٤٢.

(٢) تبصرة المتعلّمين: الإجارة / في الغصب ص ١٠٨.

(٣) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ٧٦.

(٤) كظاهر مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١١ ـ ٥١٢.

(٥) بدائع الصنائع: ج ٧ ص ١٤٦، الفتاوى الهندية: ج ٥ ص ١٤٨ ـ ١٤٩.

(٦) المختصر النافع: كتاب الغصب ص ٢٤٧.

(٧) كشف الرموز: كتاب الغصب ج ٢ ص ٣٨١.

(٨) تحرير الأحكام: الغصب / أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٠.

(٩) إرشاد الأذهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.

(١٠) استشكل في مورد ما لو نقل صبيّاً إلى مضيعة فافترسه أسد ـ مع أنّ المضيعة أقرب إلى توقّع الهلاك ممّا نحن فيه كما في مفتاح الكرامة ـ انظر تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ (الطبعة الحجرية).

(١١) غاية المراد: الغصب / أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٩٥ ـ ٣٩٦.

(١٢) التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الأوّل ج ٤ ص ٦٧ ـ ٦٨.

(١٣) المهذّب البارع: الغصب / الأمر الأوّل ج ٤ ص ٢٤٨ ـ ٢٤٩.

(١٤) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٢٧ ـ ٢٨.

(١٥) الكافي: المعيشة / باب بعد (باب ضمان ما يفسد البهائم) ح ٢ ج ٥ ص ٣٠٢، ←

ولا عامل به.

ومناسبة الضمان للعدوان ـ بل عدمه يفضي إلى الاحتيال في قتل الأطفال ـ مجرّد اعتبار.

والضمان في نقل المملوك الصغير والمجنون إلى المسبعة أو المضيعة ـ كما عن التذكرة[1] ـ لا يقتضي الضمان في الفرض؛ لظهور التسبيب فيه بخلافه.

ومن الغريب ما عن الفاضل: من الجزم في موضع من محكيّ التذكرة بعدم الضمان في مثله[2] وتردّده في المقام، فالمتّجه عدم الضمان مع فرض عدم تقصير منه في حفظه بالإهمال ونحوه.

↑ ج ٣٧ / ٣٧

وربّما يحمل القول بالضمان على ما لو أهمل بحيث يكون سبباً في تلفه؛ لكونه غير قابل لحفظ نفسه، بخلاف ما إذا لم يهمل فاتّفق تلفه بأمر لا مدخل لإهماله فيه، وحينئذٍ يكون النزاع لفظيّاً.

ثمّ إنّ الظاهر عدم الفرق في الحكم المزبور بين الصغير والمجنون، كما صرّح به جماعة[3].

← وسائل الشيعة: باب ١٢ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ ج ٢٩ ص ٢٤٦.

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ (الطبعة الحجرية).

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب / في المضمونات ج ٢ ص ٣٨٢ (الطبعة الحجرية).

(٣) كالشهيد الأوّل في الدروس: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٦، والكركي في جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٢١، والشهيد الثاني في المسالك: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥٨.

بل في مجمع البرهان: «أنّ الظاهر عدم الفرق بينهما وبين الكبير إذا حبس بحيث لا يقدر على الخلاص منه، ثمّ حصل في الحبس شيء أهلكه لظلمته وعدم قدرته على الفرار من أذيّته؛ إذ هو حينئذٍ كالطفل، بل كالحيوانات التي لا شعور لها، فعلّة الضمان فيهما سواء»[1].

وربّما كان في ذلك نوع إيماء إلى ما ذكرنا إذا كان المراد منه أنّ لحبسه على الوجه المزبور مدخلاً في تلفه، على وجهٍ يكون سبباً وإن كان كبيراً قابلاً للدفع عن نفسه، إلّا أنّه منعه عن ذلك على وجهٍ صار كالصغير الغير القابل للدفع عن نفسه.

وكذا ما في جامع المقاصد[2] والروضة[3] من أنّه «لو كان بالكبير خبل، أو بلغ رتبة الصغير لمرض أو كبر، ففي إلحاقه وجهان»؛ ضرورة كون الوجه في الضمان ما عرفت؛ إذ لا خصوصيّة للصغير من حيث كونه كذلك، بل ليس إلّا لعدم قابليّته للدفع عن نفسه، فغيره ممّا كان كذلك في القصور مثله في الضمان مع الإهمال على الوجه المزبور، والله العالم.

﴿ولو استخدم الحرّ فعليه[4] الأُجرة﴾ بلا خلاف أجده فيه، بل ولا إشكال؛ لأنّ منفعته متقوّمة حينئذٍ، فهو كمن أخذ مال غيره ﴿و﴾

↑ ج ٣٧ / ٣٨

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٢.

(٢) جامع المقاصد: الغصب / أسباب الضمان ج ٦ ص ٢٢١.

(٣) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٢٨.

(٤) أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسختي الشرائع والمسالك ـ بدلها: لزمه.

لو لأنّ منفعته المزبورة تقابل بمال.

أمّا ﴿لو حبس صانعاً لم يضمن أُجرته ما لم ينتفع به﴾ فضلاً عن غير الصانع، بلا خلاف أجده فيه[١]، بل في الكفاية: «هو مقطوع به في كلام الأصحاب»[٢]، وإن عبّر في التذكرة بلفظ «الأقوى»[٣] مشعراً باحتمال الضمان فيه، بل في مجمع البرهان: قوّة ذلك[٤]؛ لقاعدة نفي الضرر[٥]، مع كونه ظالماً وعادياً، فيندرج في قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»[٦] و«جزاء سيّئة سيّئة»[٧] وغيرهما ممّا دلّ على المقاصّة والعقاب بمثل ما عوقب[٨]، فالضمان حينئذٍ لذلك، لا للغصب الذي لا يقتضيه؛ باعتبار عدم كون المغصوب مالاً تتبعه منافعه ـ ولو شرعاً ـ في الدخول تحت اليد واسم الغصب وغيرهما.

وحكاه في الرياض عن خاله العلّامة في حواشيه عليه، حيث قال: «إن ثبت إجماع على ما ذكره الأصحاب، وإلّا فالأمر كما ذكره

---

(١) كما في مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٣.

(٢) كفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب / في المضمونات ج ٢ ص ٣٨٢ (الطبعة الحجرية).

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٣.

(٥) تقدّمت في ص ١٧.

(٦) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٧) سورة الشورى: الآية ٤٠.

(٨) سورة النحل: الآية ١٢٦.

الشارح»[١].

ومال إليه في الرياض حيث يكون الحابس سبباً مفوّتاً لمنافع المحبوس، ثمّ قال: «يحتمل قويّاً اختصاص ما ذكره الأصحاب بصورة عدم استلزام الحبس التفويت كما فرضناه بل الفوات. وربّما يستفاد ذلك من التذكرة؛ حيث إنّه ـ مع تصريحه بما ذكره الأصحاب ـ قال في عنوان البحث: منفعة بدن الحرّ تضمن بالتفويت لا بالفوات، انتهى».

«ويظهر الفرق بين المقامين فيما لو حبسه مدّة لها أُجرة في العادة، فإن كان لو لم يحبس لحصّلها كان حبسه سبباً لتفويتها، فيضمن هنا كما ذكراه، وإن كان لو لم يحبس لم يحصّلها أيضاً لم يكن حبسه سبباً لتفويتها. وهذا هو مراد الأصحاب في حكمهم بنفي الضمان فيه كما احتملناه من كلامهم، ولا شبهة فيه»[٢].

↑ ج ٣٧ / ٣٩

قلت: لا يخفى فساد الاحتمال المزبور على من لاحظ كلمات الأصحاب، بل فرضهم المسألة في حبس الصانع كالصريح في عدم الضمان وإن كان سبباً.

والمراد بالتفويت في عبارة التذكرة: الاستيفاء، كما يشعر به تفريع ذلك عليها فيها، قال: «منفعة بدن الحرّ تضمن بالتفويت لا بالفوات، فلو قهر حرّاً واستعمله في شغل ضمن أُجرته؛ لأنّه استوفى منافعه،

(١) رياض المسائل: الغصب / الأمر الأوّل ج ١٤ ص ١٦.

(٢) المصدر السابق: ص ١٦ ـ ١٧.

وهي متقوّمة ، فلزمه ضمانها كما لو استوفى منافع العبد» .

«ولو حبسه مدّة لمثلها أُجرة وعطّل منافعه فالأقوى أنّه لا يضمن الأُجرة؛ لأنّ منافعه تابعة لما لا يصحّ غصبه ، فأشبهت ثيابه وأطرافه ، ولأنّ منافعه في يده؛ لأنّ الحرّ لا يدخل تحت اليد ، فمنافعه تفوت تحت يده فلم يجب ضمانها ، بخلاف الأموال . وهو أصحّ وجهي الشافعيّة . والثاني : أنّه يضمنها؛ لأنّ منافعه تتقوّم بالعقد الفاسد ، فأشبهت منافع الأموال ، فقد فوّتها بحبسه فضمنها كمنافع العبد» .

«أمّا لو منعه من العمل من غير حبس فإنّه لا يضمن منافعه وجهاً واحداً؛ لأنّه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه ، فالحرّ أولى»[1] .

وهو كالصريح فيما ذكرناه .

على أنّ التسبيب الذي ذكره إنّما يقتضي الضمان إذا تعلّق بتلف الأموال ، ومنفعة الحرّ معدومة فلا يتصوّر التسبيب لتلفها .

كما أنّ قاعدة نفي الضرر والضرار وغيرها ممّا ذكره من الآيات لو اقتضت الضمان على وجهٍ تشمل الفرض لأثبتت فقهاً جديداً؛ ضرورة اقتضائها الضمان بالمنع عن العمل أو الانتفاع بماله ... وغير ذلك ممّا عرفت عدم القول به من العامّة ـ الذين مبنى فقههم على القياس والاستحسان ـ فضلاً عن الإماميّة الذين مبنى فقههم على القواعد المقرّرة الثابتة عن أهل بيت العصمة .

↑ ج ٣٧ / ٤٠

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في المضمونات ج ٢ ص ٣٨٢ (الطبعة الحجرية).

فلا وجه للضمان في الفرض كما قطع به الأصحاب ﴿لأنّ﴾ الحرّ لا يدخل تحت اليد على وجهٍ تدخل منافعه معه كالمال ولو شرعاً، بل ﴿منافعه في قبضته﴾ كثيابه باقية على أصالة عدم الضمان ﴿و﴾ إن ظلم وأثم بحبسه أو منعه عن العمل.

نعم ﴿لو استأجره لعمل[1]﴾ في زمان معيّن ﴿فاعتقله ولم يستعمله فيه﴾ استقرّت الأُجرة عليه قولاً واحداً كما عن المهذّب البارع[2]، ولا نزاع فيه كما في جامع المقاصد[3].

ولعلّه ـ بعد إرادة الإجماع منه ـ الحجّة، بعد اقتضاء عقد الإجارة ملك الثمن، وعدم الاستيفاء إنّما كان لتقصير من المستأجر، وقد فات الزمان، والأصل عدم بطلانها، كما أنّ الأصل عدم قيام غير الزمان ـ الذي هو متعلّق العقد ـ مقامه.

ولعلّ مثله ما قيل من «أنّهم ذكروا قرارها أيضاً فيما لو استأجره لقلع ضرسه فبرئ بعد أن مضت مدّة يمكنه القلع فيها باذلاً الأجير نفسه فيها، وإنّما كان التأخير من جانب المستأجر»[4].

وذلك لما عرفت من اقتضاء العقد ملك الأُجرة على الوجه الذي سمعته، والفرض لم يبق محلّ للعمل، والأصل عدم الانفساخ وعدم

---

(١) في نسخة الشرائع بدلها: في عمل.

(٢) المهذّب البارع: الغصب / الأمر الأوّل ج ٤ ص ٢٥٠.

(٣) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٢٢.

(٤) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ٨١.

قيام غير متعلّق العقد مقامه ، فهو حينئذٍ كالأجير الخاصّ ، وكذا ما كان مثله؛ إذ ليس لقلع الضرس خصوصيّة .

أمّا لو استأجره على عمل فاعتقله مدّة يمكن فيها استيفاء العمل ولم يستوفه ، وبذل الأجير نفسه للعمل كذلك ولم يستوفه منه ، ففي استقرار الأُجرة ﴿تردّد﴾ كما في التذكرة[١] والقواعد[٢] والإرشاد[٣] وغاية المراد[٤] .

﴿و﴾ لكنّ ﴿الأقرب أنّ الأُجرة لا تستقرّ﴾ كما في التحرير[٥] وجامع المقاصد[٦] وتعليق الإرشاد[٧] والمسالك[٨] والروضة[٩] والرياض[١٠] وغيرها[١١] على ما حكي عن بعضها ﴿لمثل ما قلناه﴾ من أنّ منافع الحرّ تضمن بالاستيفاء لا بالفوات ، فمنفعته في المدّة المزبورة

↑ ج ٣٧ / ٤١

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في المضمونات ج ٢ ص ٣٨٢ (الطبعة الحجرية).

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٣.

(٣) إرشاد الأذهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٥.

(٤) غاية المراد: الغصب / أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٩٦.

(٥) تحرير الأحكام: الغصب / أسباب الضمان ج ٢ ص ٥٢١.

(٦) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٢٢.

(٧) حاشية الإرشاد (آثار الكركي): ج ٩ ص ٤٧٦.

(٨) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٥٩ ـ ١٦٠.

(٩) الروضة البهيّة: كتاب الضمان ج ٧ ص ٢٨.

(١٠) رياض المسائل: الغصب / الأمر الأوّل ج ١٤ ص ١٦ ـ ١٧.

(١١) كشرح الإرشاد (للفخر): الغصب / أسباب الضمان ذيل قول المصنّف: «ولو استأجره لعمل فاعتقله» ورقة ٦٦ (مخطوط).

غير مضمونة على الحابس وإن بذلت له، فالعمل باقٍ على استحقاقه عليه بالعقد الذي يقتضي ملك الأُجرة بملك العمل عليه وتسليمها بتسليمه الذي لم يحصل، ولا دليل على الاكتفاء عن تسليمه بالحبس[1] المدّة المزبورة ولا بالبذل فيها.

﴿ولا كذلك لو استأجر دابّةً﴾ مثلاً لنقل متاع مثلاً ﴿فحبسها بقدر الانتفاع﴾ أو بذلت له كذلك فتسلّمها ولم يستوف؛ لأنّ منفعتها حينئذٍ مضمونة عليه، فتقوم مقام المنفعة المستحقّة له بعقد الإجارة ولو بالتهاتر القهري؛ باعتبار كونه مستحقّاً عليه من منفعة الدابّة المزبورة؛ لأنّها مضمونة عليه في يده مقدار ما هو مستحقّ له، وهو أقرب من أُجرة المثل التي هي بدل ما يفوت من المنفعة لو لم يكن له مقدار ما فات في يده ممّا هو مضمون عليه، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق جدّاً، وربّما كان في عبارات الأصحاب شهادة على ذلك حتّى عبارة المصنّف.

ومع قطع النظر عن ذلك، فالإجماع بقسميه على قيام تسليم العين المملوكة مقام تسلّم المنفعة المستحقّة بعقد الإجارة، بخلاف الحرّ.

فما عن إجارة التذكرة[2] والمسالك[3]: من الاستقرار في الحرّ بذلك أيضاً، واضح الضعف، وإن قوّاه الأردبيلي[4] هنا؛ لـ:

---

(١) في بعض النسخ إضافة «في» بعدها.

(٢) تذكرة الفقهاء: الإجارة / الطوارئ الموجبة للفسخ ج ٢ ص ٣٢٦ (الطبعة الحجرية).

(٣) مسالك الأفهام: الإجارة / في شرائطها ج ٥ ص ١٩٤ و١٩٥.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٤.

ما سمعته ممّا ذكروه في الاستئجار على القلع للضرس.

الذي قد عرفت الفرق بينه وبين المقام بعد تسليم الحكم فيه.

ولأنّ العقد موجب للعوضين، وقد بذل هذا عوضه، فيلزمه العوض الآخر، كما في نفقة الزوجة والمهر، فإنّها لها إذا مكّنت نفسها وإن لم يستمتع بها، ويجب عليها تسليم نفسها إذا تسلّمت المهر.

الذي هو قياس لا يأتي في نحو المقام الذي هو من عقود المعاوضة المقتضية ملكاً بملك وتسليماً بتسليم، بخلاف التمكين الموجب للنفقة الذي هو من الأحكام، وكذا تسليم نفسها بالمهر.

↑ ج ٣٧ / ٤٢

على أنّه يكفي في الفرق: ثبوت الدليل على وجوب التمكين بالنفقة وتسلّم المهر، ولا دليل في المقام على الاكتفاء عن حصول العمل الذي هو مقتضى عقد الإجارة بالمدّة المزبورة، خصوصاً إذا لم ينو المحبوس ولا الحابس الوفاء والاستيفاء عمّا عليه من العمل.

وفي الإيضاح: «والتحقيق: أنّ هذا هل هو تمليك للمنافع فإذا أهمل استعمالها حتّى تلفت لم يضمن، أو هو كالدين في ذمّة الحرّ فلا يسقط إلّا بالاستيفاء أو الإبراء؟ والأشبه الثاني؛ لأنّ الحرّ يُستحقّ عليه في ذمّته ولا يُملك عينه ولا منافعه، و[1]لأنّها معدومة فيتبع الأصل في الملك أو اليد، وهما منفيّان في الحرّ. ويرد: استحقاق المستأجر الأوّل أُجرة المثل على من استعمل الأجير الخاصّ»[2].

---

(١) ليست في المصدر.

(٢) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٦٨.

وهو ـ كما ترى ـ ليس من التحقيق في شيء، خصوصاً بعد أن أشكله بما ذكره أخيراً.

ومن هنا قال في جامع المقاصد: «في هذا البناء نظر؛ إذ لا يلزم من ملك المنافع استقرار الأُجرة بالحبس في المدّة المذكورة، لأنّ العقد المملّك إذا لم يوجب الاستقرار فلا دليل على ثبوته بمضيّ المدّة المذكورة»[1].

ومرجعه: إلى ما ذكرناه من عدم الدليل على قيام الحبس أو البذل المدّة المزبورة مقام تسلّم العمل، بخلافه في المال وفي الأجير الخاصّ.

لكن قال متّصلاً بما سمعت: «ووجّه شيخنا الشهيد الاستقرار في بعض حواشيه: بأنّ المنافع ملكها المستأجر وتلفها مستند إلى فعله، ويؤيّده: الحكم باستقرار الأُجرة على قلع الضرس مع البرء وسبق التمكين من قلعه»[2].

↑ ج ٣٧ / ٤٣

قلت: هو ـ كما ترى ـ راجع إلى ما سمعته من الفخر، ويرد عليه ما عرفت، والله العالم.

﴿ولا يضمن[3] الخمر﴾ مع تلفها ﴿إذا غصبت من مسلم﴾ وكان

---

(١) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٢٢.

(٢) المصدر السابق.

(٣) في نسخة المسالك: ولا تضمن.

الغاصب مسلماً، على الأشهر في محكيّ المختلف[1]، بل المشهور في المسالك[2]، بل بلا خلاف ـ أي بين المسلمين ـ في محكيّ الخلاف[3]، بل إجماعاً في التذكرة[4].

فما عن أبي علي: من إطلاق ضمان الخمر المغصوبة بقيمتها خلّاً[5]، واضح الضعف، وإن نزّل[6] على الخمر المتّخذة للتخليل.

إلّا أنّه منافٍ لإطلاق معقد الإجماع ونفي الخلاف المزبورين، بل صريح الشهيدين[7] والكركي[8]: عدم ضمان المتّخذة للتخليل وإن أثم ـ بل قيل: «يعزّر»[9]، بل في المسالك: «أنّه المشهور»[10] ـ لأنّها على كلّ حال غير مملوكة للمسلم وإن سبق ملكه قبل الخمريّة، فلا وجه لضمانها.

وما عن المقدّس الأردبيلي: من التأمّل في أصل الخروج عن

(١) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٣٢.

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٦١.

(٣) الخلاف: الغصب / مسألة ٢٨ ج ٣ ص ٤١٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: الغصب / في المضمونات ج ٢ ص ٣٧٩ (الطبعة الحجرية).

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: (تقدّم المصدر آنفاً).

(٦) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ٨٧.

(٧) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٨ ـ ١٠٩، الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٢٩.

(٨) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٢٣.

(٩) المصدر السابق.

(١٠) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٦١.

الملكيّة بذلك ـ وفي عدم ضمانها بالمثل أو بالخلّ[١] ـ من الوسوسة. وكذا ما عن ظاهر المفاتيح أو صريحها: من ضمان المتلف لها[٢]؛ ضرورة ظهور النصوص والفتاوى في عدم ملكيّة المسلم للخمر مطلقاً، وإن كان المتّخذ للتخليل منها محترماً؛ بمعنى: الإثم في غصبه ووجوب ردّ عينها وإن انقلبت خلّاً عند الغاصب.

﴿و﴾ كذا ﴿لو غصبها الكافر﴾ من المسلم، كما صرّح به غير واحد[٣]، بل عن الخلاف: نفي الخلاف أيضاً[٤]؛ لما عرفت ممّا هو مشترك بين الكافر ﴿و﴾ المسلم.

نعم ﴿تضمن إذا غصبت من الذمّي[٥] متستّراً[٦] ولو﴾ كان الذي ﴿غصبها﴾ منه ﴿المسلم﴾ بإجماع الفرقة وأخبارها في محكيّ الخلاف[٧]، بل قيل: «إنّ الإجماع أيضاً ظاهر المبسوط والسرائر والتذكرة»[٨]. أمّا المتظاهر فلا ضمان وإن كان الغاصب كافراً قولاً

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥١٥.

(٢) مفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٦٤ ج ٣ ص ١٧١.

(٣) كالشيخ في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٠، وابن إدريس في السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٢.

(٤) الخلاف: الغصب / مسألة ٢٨ ج ٣ ص ٤١٤.

(٥) في نسخة الشرائع: ذمّي.

(٦) في نسختي الشرائع والمسالك: مستتراً.

(٧) انظر «الخلاف» قبل عدّة هوامش.

(٨) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ٨٨.

↑ ج ٣٧ / ٤٤

واحداً[١].

﴿وكذا﴾ الكلام في ﴿الخنزير﴾ بالنسبة إلى ضمانه وعدمه في المسلم والمتستّر والمتظاهر وغير ذلك ممّا عرفت.

وكذا ضمانه بالقيمة عند مستحلّيه بلا خلاف[٢] ولا إشكال.

وكذا الخمر يضمنها المسلم للذمّي المتستّر بها بالقيمة عند مستحلّيها بإجماع الفرقة وأخبارها في محكيّ الخلاف[٣] والتذكرة[٤]، ولا بحث فيه كما في جامع المقاصد[٥]؛ لاستحالة ثبوت الخمر في ذمّة المسلم وإن كانت مثليّة.

بل عن المبسوط[٦] والسرائر[٧] والتحرير[٨] والمختلف[٩] وغيرها[١٠]

---

(١) كما في مفتاح الكرامة: (المصدر السابق).

(٢) نقل الإجماع في الخلاف: الغصب / مسألة ٢٨ ج ٣ ص ٤١٥.
وصرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٠، والسرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٢، وتحرير الأحكام: الغصب / أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٢، واللمعة الدمشقيّة: كتاب الغصب ص ٢٣٤ ـ ٢٣٥.

(٣) الخلاف: الغصب / مسألة ٢٨ ج ٣ ص ٤١٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: الغصب / في المضمونات ج ٢ ص ٣٧٩ (الطبعة الحجرية).

(٥) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٢٣.

(٦) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٠.

(٧) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٢.

(٨) تحرير الأحكام: الغصب / أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٢.

(٩) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٣٥.

(١٠) كإيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٦٩، وغاية المرام: الغصب / في السبب ج ٤ ص ٨٤، والروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٢٩ ـ ٣٠.

ذلك أيضاً إذا كان الغاصب كافراً، بل ظاهر التذكرة: الإجماع عليه[١]، بل عن الخلاف: دعوى إجماع الفرقة وأخبارها عليه أيضاً[٢].

خلافاً للمحكي عن القاضي في أحد قوليه: من القول بضمان مثلها[٣]، وفي جامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]: تقييد ضمان القيمة بما إذا ترافعوا إلينا، وفي القواعد الإشكال في ذلك[٦]، كقول المصنّف: ﴿ويضمن[٧] الخمر بالقيمة عند المستحلّ لا بالمثل، ولو كان المتلف ذمّيّاً على ذمّي، وفي هذا تردّد﴾.

ولعلّ منشأه: أنّها مال مملوك، وهو مثلي فيضمن بمثله، وقد أُمرنا بإقرارهم على ما عندهم[٨].

ومن أنّه يمتنع في شرع الإسلام الحكم باستحقاق الخمر ـ وإن كنّا لا نعترضهم إذا لم يتظاهروا بها ـ فامتنع الحكم بالمثل للعارض، فيجب الانتقال إلى القيمة كما إذا تعذّر المثل في المثلي.

ولعلّ هذا أقوى، خصوصاً مع ملاحظة اشتراط التستّر في

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في المضمونات ج ٢ ص ٣٧٩ (الطبعة الحجرية).

(٢) الخلاف: الغصب / مسألة ٢٨ ج ٣ ص ٤١٤ و٤١٥.

(٣) المهذّب: كتاب حظر الغصب ج ١ ص ٤٤٤.

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٢٣.

(٥) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٦٢.

(٦) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٤.

(٧) في نسخة المسالك: وتضمن.

(٨) وسائل الشيعة: انظر باب ٦٨ من أبواب جهاد العدو ج ١٥ ص ١٤٩.

احترامها ، فمتى حكم لهم بها ظاهراً زال احترامها .

وما عساه يقال[١]: من أنّه لا يلزم من الحكم باستحقاقها إظهارها ، يدفعه : أنّ الحكم باستحقاقها ظاهر في ذلك ، خصوصاً إذا انجرّ إلى الإظهار عند الامتناع من الأداء فحبس حتّى يؤدّي ، وخصوصاً مع ملاحظة ما سمعت من الإجماع المحكي المعتضد بالشهرة بقسميها ، والله العالم .

↑ ج ٣٧ / ٤٥

﴿وهنا أسباب أُخر يجب معها الضمان﴾ غير الغصب ، جرت عادتهم في البحث عنها في كتابه :

﴿الأوّل: مباشرة الإتلاف﴾ بلا خلاف فيه بين المسلمين فضلاً عن المؤمنين ، بل الإجماع بقسميه عليه[٢] إن لم يكن ضروريّاً ﴿سواء كان المتلف عيناً كقتل الحيوان المملوك وتخريق[٣] الثوب، أو منفعةً كسكنى الدار وركوب الدابّة، وإن لم يكن هناك غصب﴾ أي استقلال يدٍ على أنّه عدوان .

﴿الثاني: التسبيب؛ وهو كلّ فعل يحصل التلف بسببه، كحفر البئر في غير الملك، وكطرح المعاثر في المسالك﴾ بلا خلاف أجده

---

(١) ينظر مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ٩٠.

(٢) ينظر مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٥، ورياض المسائل: الغصب / الأمر الأوّل ج ١٤ ص ١٩.

وتأتي المصادر خلال البحث.

(٣) في نسخة المسالك: وتحريق.

في أصل الضمان به[١]، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه .

مضافاً إلى :

خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من أخرج ميزاباً أو كنيفاً ، أو أوتد وتداً ، أو أوثق دابّةً ، أو حفر شيئاً في طريق المسلمين ، فأصاب فعطب فهو له ضامن»[٢].

وصحيح الحلبي عنه عليه السلام أيضاً : «... سألته عن الشيء يوضع على الطريق فتمرّ به الدابّة ، فتنفر بصاحبها فتعقره؟ فقال : كلّ شيء يضرّ بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه»[٣].

↑ ج ٣٧ / ٤٦

وخبر أبي الصباح الكناني عنه عليه السلام أيضاً : «من أضرّ بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن»[٤].

وصحيح زرارة عنه عليه السلام أيضاً : «قلت له : رجل حفر بئراً في غير ملكه ، فمرّ عليها رجل فوقع فيها؟ فقال : عليه الضمان؛ لأنّ كلّ من

---

(١) كما في تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٤ (الطبعة الحجرية)، وجامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٠٧.

(٢) الكافي: الديات / باب ما يلزم من يحفر البئر ح ٨ ج ٧ ص ٣٥٠، تهذيب الأحكام: الديات / باب ١٨ ضمان النفوس ح ٤١ ج ١٠ ص ٢٣٠، وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب موجبات الضمان ح ١ ج ٢٩ ص ٢٤٥.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢ ص ٣٤٩، و«التهذيب»: ح ١١ ص ٢٢٣، ووسائل الشيعة: باب ٩ من أبواب موجبات الضمان ح ١ ج ٢٩ ص ٢٤٣.

(٤) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٣، و«التهذيب»: ح ٣٨، ووسائل الشيعة: باب ٨ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ ج ٢٩ ص ٢٤١.

حفر بئراً[١] في غير ملكه كان عليه الضمان»[٢].

وموثّق سماعة: «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام: عن الرجل يحفر البئر في داره أو في ملكه؟ فقال: ما كان حفر في داره أو ملكه فليس عليه ضمان، وما حفر في الطريق أو في غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيها»[٣].

إلى غير ذلك من النصوص التي منها: المعتبرة المستفيضة الدالّة على غرامة الشاهد ـ إذا رجع عن شهادته بعد ما قضي بها للأوّل ـ قدر ما أتلفه من مال الرجل[٤]، وعلى أنّه يقتل إذا قتل بشهادته وقال الشاهد: تعمّدت الشهادة عليه زوراً[٥]، وعلى غرامة دية اليد ـ مثلاً ـ لو شهد عليه بالسرقة ورجع وقال: إنّي اشتبهت[٦]، وعلى غرامة المهر لو شهد بطلاق زوجة ثمّ تزوّجت أو بموت زوجها، ثمّ جاء زوجها أو رجع الشاهد عن شهادته بالطلاق[٧]. ومنها: ما دلّ على رجوع المغرور[٨].

---

(١) ليست في المصدر.

(٢) انظر «الكافي» قبل أربعة هوامش: ح ٧، و«التهذيب»: ح ٤٠، و«الوسائل» في الهامش قبل السابق: ح ١.

(٣) انظر «الكافي» قبل خمسة هوامش: ح ٤، و«التهذيب»: ح ٣٧، و«الوسائل» قبل ثلاثة هوامش: ح ٣ (مع ذيله) ص ٢٤١ ـ ٢٤٢.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ١١ من كتاب الشهادات ج ٢٧ ص ٣٢٧.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ١٢ من كتاب الشهادات ج ٢٧ ص ٣٢٨.

(٦) وسائل الشيعة: انظر باب ١٤ من كتاب الشهادات ج ٢٧ ص ٣٣٢.

(٧) وسائل الشيعة: انظر باب ١٣ من كتاب الشهادات ج ٢٧ ص ٣٣٠.

(٨) وسائل الشيعة: باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥، وباب ٢ و٧ من أبواب العيوب والتدليس ج ٢١ ص ٢٠٥ و٢١١ و٢٢٠.

ج ٣٧ / ٤٧

ومنها: ما دلّ على تسبيب الإكراه[١]... وغير ذلك، المعلوم عدم خصوصيّة الطريق فيها، كمعلوميّة عدم خصوصيّة لما ذكر فيها من الأفراد، خصوصاً بعد ملاحظة العموم في صحيح الحلبي منها وغيره[٢].

نعم، عبّر الأصحاب عمّا فيها بالسبب، واختلفوا في تعريفه:

فعرّفه المصنّف هنا بما سمعت، وفي الديات بـ«ما لولاه لما حصل التلف عنده لكن علّة التلف غيره؛ كحفر البئر ونصب السكّين وإلقاء الحجر، فإنّ التلف عنده بسبب العثار»[٣].

وفي القواعد هنا: «السبب: إيجاد ما يحصل التلف عنده[٤] إذا كان السبب ممّا يقصد لتوقّع تلك العلّة؛ كالحافر وفاتح رأس الظرف والمكره على الإتلاف، والمباشرة: هي إيجاد علّة التلف كالقتل والإحراق»[٥].

وقال في قصاصها: «أقسام المزهق ثلاثة: شرط وعلّة وسبب، فالشرط: ما يقف عليه تأثير المؤثّر ولا مدخل له في العلّيّة، كحفر البئر بالنسبة إلى الوقوع؛ إذ الوقوع مستند إلى علّته وهي التخطّي، ولا يجب به قصاص. وأمّا السبب: فهو ما له أثرٌ مّا في التوليد كما للعلّة، لكنّه

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ١٢ من أبواب ما يمسك عنه الصائم ج ١٠ ص ٥٦.

(٢) تقدّم في ص ٦٨.

(٣) شرائع الإسلام: الديات / موجبات الضمان (الأسباب) ج ٤ ص ٢٥٤.

(٤) في المصدر بعدها إضافة: «لكن بعلّة أُخرى».

(٥) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢١ (بتقديم وتأخير).

يشبه الشرط من وجه، ومراتبه ثلاثة، الأوّل: الإكراه ـ وذكر تفصيل الحال فيه ـ الثاني: شهادة الزور ـ ثمّ ذكر تفصيل الحال فيها ـ الثالث: نحو تقديم الطعام المسموم إلى الضيف ـ وذكر تفصيل الحال فيه ـ»[1].

وقال في دياتها: «السبب: هو كلّ ما يحصل التلف عنده بعلّة غيره، إلّا أنّه لولاه لما حصل من العلّة تأثير، كالحفر مع التردّي»[2].

وقال في الإيضاح ـ في وجه التردّد في ضمان الولد بموته جوعاً لو حبس الشاة، أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتّفق تلفها، أو غصب دابّةً فتبعها ولدها ـ: «ينشأ في الأوّل: من أنّه مات بسببه لصحّة إسناده إليه عرفاً، ولأنّ السبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعلّة سواه، وهذا تفسير بعض الفقهاء، وزاد آخرون: ولولاه لما أثّرت العلّة، وهذا التفسير أولى، فعلى هذا ليس هو السبب، ولأنّه يمكن اعتياضه بغيره فهو أعمّ، فليس بسبب ولا يد له عليه ولا مباشرة ولا ضمان. وهذا منشأ النظر في الباقيين».

↑ ج ٣٧ / ٤٨

«وأيضاً ينشأ في الثاني: من أنّه تصرّف في المالك لا في المال، ومن حيث إنّه سبب عرفاً».

«وأمّا في الثالث: فمن حيث إنّه سبب لحدوث ميل يشبه القسري؛

---

(١) قواعد الأحكام: القصاص / قصاص النفس (بيان الزهق) ج ٣ ص ٥٨٩ ـ ٥٩١.

(٢) قواعد الأحكام: الديات / في الموجب (التسبيب) ج ٣ ص ٦٥١.

لوجود ميل الولد إلى أُمّه طبعاً، فهو سبب. ومن الشكّ في كونه سبباً شرعيّاً في الضمان، والأصل البراءة»[١].

وقال في غاية المراد ـ في بيان الوجه في سببيّة دلالة السارق ـ: «إنّ السبب على ما فسّره الفقهاء: هو إيجاد ملزوم العلّة قاصداً لتوقّع تلك العلّة، ومنهم من يفسّره: بأنّه فعل ما يحصل عنده التلف لكن لعلّة غيره، فهو أعمّ من الأوّل؛ لإمكان سبب آخر بدل منه»[٢].

وقال في جامع المقاصد: «عرّف في الدروس السبب: بأنّه فعل ملزوم العلّة، وقريب منه ما ذكره الشارح الفاضل، والمعنى قريب».

«وقول المصنّف: (إذا كان السبب ممّا يقصد لتوقّع تلك العلّة) غير محتاج إليه، بل هو مضرّ؛ إذ حفر البئر قد لا يقصد الحافر به توقّع العلّة الموجبة للتلف ولا قصدها أكثريّ، مع الضمان قطعاً للسببيّة».

«وكأنّه أراد الاحتراز عمّا إذا كان حدوث المقتضي للتلف على تقدير ذلك الفعل نادراً، فإنّه لا يعدّ سبباً، ولعلّه أراد بقصده: كون شأنه ذلك، وكان الأولى أن يقول: هو إيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلّة أُخرى إذا كان السبب ممّا يتوقّع معه علّة التلف، بأن يكون وجودها معه أكثريّاً».

«واعلم: أنّ شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد فسّر السبب بتفسيرين

(١) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٦٧.

(٢) غاية المراد: الغصب / أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٩١ ـ ٣٩٢.

ـ ثمّ حكى عبارته السابقة وقال: ـ في الأوّل نظر؛ لأنّه إنّما يصدق في الغاصب إذا قدّم طعام الغير لآكلٍ مبيحاً له؛ لأنّه قاصد حينئذٍ بالتقديم الأكل، ولا ريب أنّ حفر البئر سبب، وطرح ما يتعثّر به سبب بغير خلاف».

↑ ج ٣٧ / ٤٩

«والظاهر أنّ مراد الجماعة كونه يقصد توقّع العلّة باعتبار الشأن، فيكون تقديره هكذا: السبب إيجاد ملزوم العلّة الذي شأنه أن يقصد معه توقّع تلك العلّة»[١].

وقال في مجمع البرهان ـ بعد أن حكى عن بعض زيادة «قصد توقّع تلك العلّة» على تعريفه بأنّه إيجاد ملزوم العلّة المتلفة ـ: «نحن ما نقدر على فهم المذكور من دون زيادة، فكيف مع الزيادة؟!» وذلك لأنّه ذكر سابقاً أنّ «الملزوميّة غير ظاهرة، وإنّما الظاهر كونه موقوفاً عليه علّيّة العلّة وأنّها لم تتحقّق إلّا بعد تحقّقه، لا أنّه لازمة لوجوده، فإنّه معلوم عدم استلزام الحفر للتردّي والإلقاء. ولعلّ المراد بالملزوميّة ذلك المقدار فقط؛ إذ لا يحتاج إلى شيء بعد وجوده إلّا المباشرة»[٢].

وقال في المسالك: «إنّ ما له مدخل في هلاك الشيء: إمّا أن يكون بحيث يضاف إليه الهلاك في العادة إضافة حقيقيّة له أو لا يكون كذلك، وما لا يكون كذلك: إمّا أن يكون من شأنه القصد به ما يضاف إليه الهلاك

---

(١) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٠٧.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٦.

أو لا يكون كذلك، وما يضاف إليه الهلاك يسمّى علّة، والإتيان به مباشرة. وما لا يضاف إليه الهلاك ولكن يكون من شأنه أن يقصد بتحصيله ما يضاف إليه سمّي سبباً والإتيان به تسبيباً»[1].

إلى غير ذلك من كلماتهم التي لم نعرف الداعي لهم إلى صدورها بعد خلوّ نصوصهم عن اللفظ المزبور عنواناً للحكم، وإنّما الموجود في النصوص ما عرفت، ومنه يتعدّى إلى أمثاله بعد العلم بعدم الخصوصيّة للمذكور فيها، أو يستند إلى ما سمعته من العموم في بعضها، والأصل البراءة فيما لا يضاف إليه الإتلاف حقيقةً ولا يندرج في الأمثال المزبورة، بل مع الشكّ فيه كذلك أيضاً.

ج ٣٧ / ٥٠

ولعلّ المحصّل منها: الضمان على وجهٍ يجعل ضابطاً هو إيجاد ما يصلح أن يقصد حصول التلف به في بعض الأحيان ولو بواسطة غيره معه، سواء كان له مدخليّة في علّيّة العلّة كالحفر، أو في وجودها كالغرور والإكراه، ومع فرض قصور العبارة عن تأديته لا يلتفت إليها.

ودعوى: أنّ المحصّل منها الضمان بمفهوم السبب ـ الذي قد عرفت الخلاف في تعريفه، على وجهٍ بنوا الضمان وعدمه في بعض الفروع عليه ـ واضحة الفساد؛ ضرورة كون الثابت خصوص بعض المصاديق التي لا ينتقل منها إلى جعل عنوان الحكم مفهوم السبب الذي ذكروه،

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٦٣.

خصوصاً بعد العلم بأنّ ما سمعته من التعريف له من الأُمور الاصطلاحيّة، لا أنّه مفهوم عرفي.

بل لا يبعد كون المراد لهم ضبط ما استفادوا الضمان به من النصوص المزبورة، لا أنّ المراد كون المدار على صدق اسم «السبب»، خصوصاً بعد أن لم يكن له معنى منقّح عرفاً، بل ربّما أُطلق اسمه على المعلوم عدم الضمان به.

وليس في شيء من النصوص ما يقتضي جعل مفهومه عنواناً، بل «السبب» المذكور هنا غير موافق لمعنى السبب بمعنى العلّة التامّة ولا السبب الاصطلاحي الذي هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته، بل ليس هو إلّا من الشرائط كما سمعت الاعتراف به من الفاضل.

فالتحقيق حينئذٍ: كون المدار على المستفاد من النصوص المزبورة وغيرها ممّا صرّح فيها بالضمان به، والتعدية منه إلى مشابهه في ذلك بالإجماع أو بفهم عرفي ينتقل منه إلى كون المذكور مثالاً لما كان من سنخه. ولعلّ ذلك وجه التردّد فيما سمعته من الأمثلة، وإلّا فتعريف السبب المزبور صادق عليه، كصدق التسبيب بالمعنى العرفي.

↑ ج ٣٧ / ٥١

والظاهر عدم كون التعدّي والتفريط ـ الموجبين للضمان في الأمين ـ من ذلك حتّى يصحّ التعدّي منها[1] إلى ما ماثله في غير الأمين،

(١) تحتمل المعتمدة: منهما.

فيكون دلالة السارق وفتح الباب ومنع المالك حراسته ماشيته موجباً للضمان، باعتبار إيجاب مثله في الأمين الذي مدار ضمانه على التعدّي والتفريط، الصادق ثانيهما في المفروض إذا كان من الأمين دون غيره، فتأمّل جيّداً في جميع ما ذكرناه، فإنّه دقيق نافع لم أجده محرّراً في كلامهم.

ومنه يعلم: عدم اعتبار قصد توقّع العلّة فيه ولا أكثريّة ترتّب التلف به ولا منشئيّته؛ ضرورة إطلاق النصوص المزبورة الضمان بالأُمور المذكورة من غير تقييد لشيء منها بشيء من ذلك، كضرورة كون مراد الأصحاب ـ بما ذكروه من موجبات التضمين بالتسبيب هنا ـ أنّ الضمان يكون به، لا أنّ المراد متى صدق السبب حصل الضمان؛ ضرورة وقوع حفر البئر ـ الذي لا إشكال في كونه سبباً نصّاً[1] وفتوى ـ على وجوه عديدة لا ضمان فيها.

ولعلّه لذا وغيره قيّد ما حكاه بعضهم من الإجماع على التضمين بالسبب بقوله: «في الجملة»[2].

وقال في المسالك: «واعلم أيضاً: أنّ تمثيل المصنّف السبب بحفر البئر في غير الملك تخصيص للسبب الموجب للضمان، فإنّ حفره ـ وإن كان في ملك الحافر ـ يكون سبباً في الهلاك لكنّه غير مضمون، فالسبب

---

(١) تقدّم ما يدلّ على ذلك في ص ٦٨ ـ ٦٩.

(٢) رياض المسائل: الديات / موجبات الضمان (التسبيب) ج ١٦ ص ٤٠٥.

المعرَّف سبب خاصّ وهو الموجب للضمان، وإن كان التعريف صادقاً على ما هو أعمّ»[١]. وإن كان آخر كلامه لا يخلو من نظر في الجملة.

وعلى كلّ حال، فقد أطلق المصنّف وغيره[٢] كون حفر البئر في غير الملك سبباً للضمان، وهو أعمّ من الحفر في طريق مسلوك، أو في ملك الغير، أو في ملك مشترك، بل عن ظاهر الغنية: الإجماع على ذلك[٣].

↑ ج ٣٧ / ٥٢

ومقتضى إطلاقهم: عدم الفرق في المتردّي بين أن يكون المالك أو غيره، وبين الداخل بإذنه أو غيره، وبين كون البئر مكشوفة أو مغطّاة، بل مقتضى إطلاق غير واحد: عدم الفرق بين كون ذلك لمصلحة المسلمين وغيره[٤]، بل عن الفخر: التصريح بالأخير[٥].

لكن عن الشيخ[٦] والفاضل[٧] وثاني الشهيدين[٨] والأردبيلي[٩]: عدم الضمان إذا كان الحفر في الطريق لمصلحة المسلمين، كالحفر

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٦٤.

(٢) كالعلّامة في الإرشاد: الغصب / أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.

(٣) غنية النزوع: كتاب الجنايات ص ٤١٠ ـ ٤١١.

(٤) المقنعة: القضايا / ضمان النفوس ص ٧٤٩، تبصرة المتعلّمين: القصاص / ما يوجب ضمان الدية ص ٢١٠.

(٥) إيضاح الفوائد: الديات / اجتماع العلّة والشرط ج ٤ ص ٦٦٢.

(٦) المبسوط: الديات / وضع الحجر ج ٧ ص ١٨٦.

(٧) إرشاد الأذهان: الديات / في الموجب ج ٢ ص ٢٢٦، تحرير الأحكام: الجنايات / في الخطأ (الأسباب) ج ٥ ص ٥٤٠.

(٨) مسالك الأفهام: الديات / موجبات الضمان (الأسباب) ج ١٥ ص ٣٦٢.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: الديات / في الموجب ج ١٤ ص ٢٥٨.

للبالوعة والاستقاء ونحو ذلك ، واستحسنه المصنّف .

إلّا أنّ ما سمعته من النصوص ـ المشتمل على العموم اللغوي وترك الاستفصال ـ يقتضي الضمان مطلقاً ، بل قيل : «إنّ المستفاد منها كون التعدّي موجباً للضمان ، فيشمل الحفر في الملك المشترك»[١] مؤيّداً[٢] : بما حكي من إطلاق الفتاوى ضمان المتعدّي بالحفر .

اللّهمّ إلّا أن يقال : إنّ المنساق من ذلك التعدّي في جميع الحفر ، لا في مثل الفرض ـ وإن وجب عليه الاجتناب فيه من باب المقدّمة ـ فيبقى على أصالة البراءة . وربّما احتمل[٣] ضمان النصف مطلقاً أو إن كان الشريك واحداً ، وإلّا فثلثان إن كانوا ثلاثة . . . وهكذا .

ويأتي تمام الكلام في المسألة إن شاء الله تعالى في الديات[٤] ، كما أنّه يأتي إن شاء الله تعالى تمامه في الضمان بالمعاثر[٥] المصرّح به في جملة من الكتب ، وهي شاملة للدكّة والقمامات كقشور البطّيخ ونحوها ، بل عن المبسوط : التصريح بالضمان في الأخير[٦] ، نعم قيّده المصنّف والفاضل في المحكي من تحريره[٧] وإرشاده[٨] : بمن لم يرـ

---

(١) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ٦٢.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر قبل السابق: ص ٦٢ ـ ٦٣.

(٤ و ٥) في ج ٤٤ كتاب الديات / النظر الثاني (البحث الثاني / انظر أوّله، والمسألة الثامنة).

(٦) المبسوط: الديات / وضع الحجر ج ٧ ص ١٨٩ .

(٧) تحرير الأحكام: الجنايات / في الخطأ (الأسباب) ج ٥ ص ٥٤٠.

(٨) إرشاد الأذهان: الديات / في الموجب ج ٢ ص ٢٢٧.

القمامة، والأصل فيه ما سمعته من الصحيح[١].

↑ ج ٣٧ / ٥٣

بل لا يبعد القول بالضمان فيما فعله لضرورته؛ إذ لا تنافي بين الجواز والضمان.

وعلى كلّ حال، فلا خلاف[٢] ولا إشكال في التضمين بالتسبيب في الجملة.

﴿لكن إذا اجتمع السبب والمباشر قدّم المباشر في الضمان على ذي السبب، كمن حفر بئراً في ملك غيره عدواناً، فدفع غيره فيها إنساناً، فضمان ما يجنيه الدفع على الدافع﴾ لما عرفته من تقديم المباشرة على التسبيب، الذي لم أجد فيه خلافاً بينهم[٣]، بل أرسلوه إرسال المسلّمات في المقام وفي القصاص والديات، بل عن كشف اللثام: الإجماع عليه[٤]، بل في مجمع البرهان: «أنّ من المعلوم عقلاً ونقلاً إسناد الفعل إلى القريب، دون البعيد الذي هو سبب السبب وله مدخليّةٌ مّا في ذلك الشيء، وهو ظاهر، وكأنّه مجمع عليه»[٥].

قلت: وهو كذلك، بل لعلّ التضمين بما ذكروه من السبب ـ الذي قد عرفت كونه من الشروط ـ باعتبار قربه إلى علّة التلف، فهو أقوى من

---

(١) تقدّم في ص ٦٨.

(٢) كما في تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٤ (الطبعة الحجرية)، وجامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٠٧.

(٣) كما في رياض المسائل: الغصب / الأمر الأوّل ج ١٤ ص ١٩.

(٤) كشف اللثام: الديات / في الموجب (الترجيح) ج ١١ ص ٢٧٩.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠١.

غيره من الشرائط التي لها مدخليّة في التلف أيضاً، إلّا أنّ القريب منها سمّوه بالسبب وجعلوا التضمين به، ولا ريب في أنّ المباشرة أقرب منه، بل السبب في الحقيقة قد صار من آلات المباشر في مباشرته: كقتله بالسيف، والدفع في البئر، وإلقائه على السكّين المنصوب مثلاً، وإغراقه في الماء الذي وضعه الغير... وهكذا.

إلّا أنّه مع ذلك كلّه قد ناقش فيه في الرياض بـ«أنّ القوّة لا تدفع الضمان عن السبب بعد وجود ما يقتضي ضمانه أيضاً، وهو ما مرّ من حديث نفي الضرر، ولا امتناع في الحكم بضمانهما معاً وتخيّر المالك في الرجوع إلى أيّهما شاء كالغصب، فلولا الإجماع الظاهر المعتضد بالأصل لكان القول بضمانهما ـ كترتّب الأيدي في الغصب ـ في غاية الحسن»[1]. ↑ ج ٣٧ / ٥٤

ثمّ قال: «وعلى هذا نبّه خالي العلّامة (دام ظلّه) في حاشيته على شرح الإرشاد، إلّا أنّ ظاهره (سلّمه الله) المصير إليه أو بقاؤه في شباك التردّد من دون أن يقطع بما ذكره الأصحاب، ولعلّه لتوقّفه في فهم الإجماع وتردّده في قبول حكايته من ناقله؛ لعدم قطعه به، وهو حسن، ولكنّ الإجماع ظاهر، فالمصير إلى ما ذكروه متعيّن»[2].

قلت: لا يخفى عليك ما فيه بعد التأمّل فيما ذكرناه؛ ضرورة أنّ القوّة إذا كانت على وجهٍ لا يسند الفعل إلّا إلى ذيها تدفع الضمان عن

---

(١) رياض المسائل: الغصب / الأمر الأوّل ج ١٤ ص ٢٠.

(٢) المصدر السابق.

السبب، الذي ظاهر ما دلّ على التضمين به إنّما هو فيما إذا لم يكن معه مباشر قويّ.

نعم، قد يشكّ في صورة ما لو قصدا الاشتراك في الإتلاف: بأن فعل ذو السبب سببه لإرادة مباشرة الإتلاف من المتلف، كما لو نصب سكّيناً في الأرض ليدفعه الآخر عليها مثلاً.

مع أنّ التحقيق فيها أيضاً: كون الضمان على المباشر الذي يسند الفعل إليه، وإن كان ذلك معيناً له وصار فعله من المعدّات، كما هو واضح بأدنى تأمّل في الفرق بين المعدّات القريبة والبعيدة. ولعلّه لذا قالوا في القصاص: إنّه يحبس ذو السبب إلى أن يموت، والقصاص على المباشر.

هذا كلّه في اجتماع المباشرة والتسبيب.

أمّا اجتماع السببين: بأن يحفر واحد بئراً ويضع آخر عنده حجراً، فيعثر به إنسان فيقع في البئر، ففي المسالك: «إن اتّفقا في وقت واحد اشتركا في الضمان لعدم الترجيح، وإن تعاقبا فالضمان على المتقدّم في التأثير؛ لاستقلاله[1] بالضمان أوّلاً فكان أولى، وهو سبب السبب فيجب وجود المسبّب عنده»[2].

وكأنّه أراد ما في التذكرة، قال: «ولو تعدّد السبب فالضمان على المتقدّم منهما إن ترتّبا، كما لو حفر شخص بئراً في محلٍّ عدواناً ووضع

↑ ج ٣٧ / ٥٥

---

(١) في المصدر بدلها: لاشتغاله.

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٦٤.

آخر حجراً فيه، فعثر إنسان بالحجر فوقع في البئر، فالضمان على واضع الحجر؛ لأنّه السبب المؤدّي إلى سبب الإتلاف، فكان أولى بالضمان؛ لأنّ المسبّب يجب مع حصول سببه فيه، فوضع الحجر يوجب التردّي، أمّا لو انتفى الترتيب فالضمان عليهما، كما لو حفر ووضع الحجر فإنّ الضمان عليهما»[١].

قلت: لا يخلو كلامهما من خفاء في الجملة، والذي ذكره غيرهما[٢]: أنّه يقدّم الأوّل في الجناية وإن تأخّر حدوثه عن الآخر. وربّما احتمل[٣] ترجيح الأقوى، كما لو نصب سكّيناً في البئر المذكور. وقد يحتمل قويّاً تساوي السببين؛ لاشتراكهما في التلف الحاصل خارجاً، وأنّه لولا الحجر لم يحصل التردّي في البئر، كما أنّه لولا البئر لم يؤثّر العثور بالحجر تلفاً.

بل لو فرض كون كلّ من السببين متلفاً لو استقلّ، إلّا أنّهما اشتركا فيما تحقّق في الخارج من التلف، يتّجه أيضاً فيه الاشتراك في الضمان. وتمام الكلام في ذلك في الديات إن شاء الله تعالى.

وكيف كان، فقد استثنى غير واحد من الأصحاب من قاعدة «تقديم

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٤ (الطبعة الحجرية).

(٢) قواعد الأحكام: الديات / في الموجب (الترجيح) ج ٣ ص ٦٥٨، اللمعة الدمشقيّة: الديات / الفصل الأوّل ص ٣٠١، مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ٤٢.

(٣) كما في مفتاح الكرامة: (انظره في الهامش السابق).

المباشر» ما إذا ضعف المباشر[١]، وفي الدروس[٢] واللمعة[٣]: الاقتصار على استثناء الغرور والإكراه، بل في القواعد: الاقتصار على الثاني منهما[٤]، كما في الإرشاد: الاقتصار على الأوّل منهما[٥]، إلّا أنّ الظاهر إرادة المثال؛ ضرورة ضعف الريح والشمس والنار والسبع وغيرها ممّا لا عقل له ولا اختيار.

ولعلّه لذا قال في المسالك: «وله صور كثيرة تأتي جملة منها، وقد تقدّم منها مسألة الغرور بتقديم الطعام إليه جاهلاً، فإنّ الضمان يستقرّ على الآمر»[٦].

↑ ج ٣٧ / ٥٦

قلت: بل لو لم يكن منه أمر بل مجرّد تقديمه له ضيافةً، وإن قال في التذكرة: «من قال: كلْه، ولم يقل: إنّه ملكي ولا طعام فلان غصبته بل أطلق، فوجهان، أقواهما الضمان؛ لأنّه غرّه أيضاً»[٧].

بل لو كان الطعام ملك المأمور المغرور ضمنه له أيضاً؛ لأنّه وإن كان قد سلّطه عليه وصيّره بين يديه، إلّا أنّه باعتقاده أنّه ملك الغير وأنّه

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٥٠١، مفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٧١ ج ٣ ص ١٧٥.

(٢) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٧.

(٣) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الغصب ص ٢٣٥.

(٤) بل اقتصر على الأوّل منهما، انظر قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٢.

(٥) بل اقتصر على الثاني منهما، انظر إرشاد الأذهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.

(٦) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٦٥.

(٧) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٨ (الطبعة الحجرية) (بتصرّف).

مسلّط على إتلافه بغير عوض، فليس تسليمه له تسليماً تامّاً يتصرّف فيه تصرّف الملّاك، فلذلك ضعفت مباشرته بالغرور. وما اشتهر من أنّ قرار الضمان على من تلف في يده المال إنّما هو في غير الفرض.

وأمّا المكره فهو الذي أشار إليه المصنّف بقوله: ﴿ولا يضمن المكره المال وإن باشر الإتلاف، والضمان على من أكرهه؛ لأنّ المباشرة ضعفت مع الإكراه، فكان ذو السبب هنا أقوى﴾ بلا خلاف أجده في شيء من ذلك. نعم، قد تقدّم في كتاب الطلاق[1] تفصيل ما يتحقّق به الإكراه.

وفي المسالك: «ربّما قيل هنا: باشتراط زيادة خوف ضرر لا يمكن تحمّله، والأشهر الأوّل»[2].

قلت: ولعلّه لصدق الإكراه ـ الذي هو عنوان الحكم نصّاً وفتوى ـ وإن كان الضرر يسيراً.

ثمّ إنّ ظاهر الأصحاب في المقام: عدم رجوع المالك على المكرَه بشيء، بخلاف الجاهل المغرور، فإنّ له الرجوع عليه وإن رجع هو على الغارّ.

ولعلّه لعدم صدق «أخذت» ـ الظاهر في الاختياريّة ـ عليه، بخلاف المغرور، مضافاً إلى ظهور رجوع المغرور في ضمانه وإن رجع هو.

---

(١) في ج ٣٣ ص ٢٥...

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٦٥.

وحينئذٍ يكون المراد من قولهم: «الضمان على المباشر إلّا مع قوّة ذي السبب» أنّه يستقلّ السبب بالضمان مع قوّته ولا يشاركه المباشر إلّا في الغرور، كما أنّه يستقلّ المباشر بالضمان ولا يشاركه السبب.

↑ ج ٣٧ / ٥٧

ولكن مع ذلك ـ إن لم يكن إجماعاً ـ لا يخلو من نظر، خصوصاً مع عود النفع إلى المباشر؛ باعتبار مباشرته الإتلاف وإن رجع هو على المكرِه.

بل قد يقال: إنّ القاعدة تقتضي اختصاص الضمان بالمباشر الذي هو المكرَه والمغرور ـ وإن أثم المكرِه والغارّ ـ لاستقلال المباشر بالإتلاف، ولكن ضمنا للدليل لا لقوّة السبب على المباشر المخصوصة بما إذا كان الإسناد حقيقةً للسبب دون المباشر الذي هو كالريح والشمس.

بل قد يقال بشمول قوله عليه‌السلام: «كلّ مغصوب مردود»[1] له وإن كان مكرَهاً على تناول المغصوب والتصرّف فيه.

بل ينبغي الجزم به فيما لو كان مغصوباً في يده قبل الإكراه فأُكره على إتلافه، بل هو كذلك في كلّ مضمون في يده ثمّ أُكره على إتلافه؛ لأنّ رجوع المالك حينئذٍ عليه باعتبار حكم الضمان السابق.

بل لا ينافيه كلام الأصحاب المراد منه عدم الرجوع من حيث الإتلاف الإكراهي خاصّة؛ باعتبار ضعف حكم المباشرة بالإكراه، ولذا

---

(١) تقدّم في ص ٨ بعنوان «الغصب كلّه مردود».

رفع الشارع حكم الإكراه عن المكره[١] الذي يمكن إرادة ما يشمل الوضع منه أيضاً، وإن لم يكن كذلك في الخطأ والنسيان للدليل.

أمّا إذا كان مضموناً في يده سابقاً، فإنّه يبقى على حكم ضمانه وإن أُكره على إتلافه، حتّى لو كان الإكراه بالحكم الظاهري من حاكم الشرع، نعم هو يرجع على المكرِه الذي قد صار بمنزلة من تلف المال في يده بالنسبة إلى قرار الضمان بعد أن رفع الشارع حكم التلف في يد المكرَه عنه، وكذا الكلام في المغرور والغارّ بالنسبة إلى ذلك.

ج ٣٧ / ٥٨

ومنه يعلم الوجه حينئذٍ: في تخيّر المالك في الرجوع عليهما، فإن رجع على المكره ـ بالكسر ـ لم يرجع على المكره ـ بالفتح ـ بخلاف العكس، على نحو ما سمعته في قرار الضمان على من تلف المال في يده في الأيادي المتعاقبة.

كما أنّه ممّا ذكرنا يعلم: الفرق بين المضمون في يد المكرَه وبين غيره كالوديعة، وإن كان فيه البحث السابق، فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق نافع في أطراف المسألة، هذا.

وكأنّ المصنّف أشار بالاقتصار على «المال» إلى الاحتراز عن النفس؛ فإنّ الإكراه على إتلافها لا يوجب سقوط الضمان عن المكرَه. نعم في الجرح إشكال؛ من حيث تناول قوله عليه السلام : «لا تقيّة في

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس ج ١٥ ص ٣٦٩.

الدماء»[١] له وعدمه، وقد تقدّم لنا بعض الكلام في ذلك[٢]، ويأتي إن شاء الله تعالى[٣]، والله العالم.

﴿ولو أرسل في ملكه ماءً فأغرق مال غيره، أو أجّج ناراً فيه فأحرق، لم يضمن ما لم يتجاوز قدر حاجته اختياراً﴾ ولا علم ولا ظنّ التعدّي، فضلاً عمّا لو علم أو ظنّ عدم التعدّي، بلا خلاف أجده فيه، بل في المسالك: الاتّفاق[٤]؛ للأصل بعد عدم التفريط، وعموم تسلّط الناس على أموالهم[٥].

وزاد في المسالك بـ«أنّ سببيّته في الإتلاف ضعيفة بالإذن له من قبل الشارع في فعل ذلك في ملكه، فلا يتعقّبه ضمان»[٦].

وإن كان لا يخلو من نظر ـ إن لم يكن إجماعاً ـ مع فرض إسناد الإتلاف إلى فعله، لظهور خطأ ظنّه أو قطعه وقدرته على المنع؛ لصدق الإتلاف عليه حقيقةً، فيكون من المباشرة، والإذن الشرعيّة لا تنافي حكم الوضع الذي هو الضمان الحاصل بإتلاف النائم والغافل والمجنون والصبي.

↑ ج ٣٧ / ٥٩

---

(١) رسائل المرتضى: مسألة في العمل مع السلطان ج ٢ ص ٩٤.

(٢) في ج ٢٢ ص ٦٦٨ ـ ٦٦٩.

(٣) في ج ٤٣ كتاب القصاص / الفصل الأوّل (التسبيب / المرتبة الرابعة / الفرع الثالث).

(٤) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٦٦.

(٥) الخلاف: مسألة ٢٩٠ ج ٣ ص ١٧٦ ـ ١٧٧، بحار الأنوار: ح ٧ ج ٢ ص ٢٧٢، عوالي اللآلي: ح ٩٩ ج ١ ص ٢٢٢.

(٦) الهامش قبل السابق.

اللّهمّ إلّا أن يمنع إطلاق سببيّة الإتلاف للضمان على وجهٍ يشمل الفرض؛ لعدم ثبوت: «من أتلف مال غيره فهو له ضامن» روايةً من طرقنا[١] ولا قاعدةً، وثبوت الضمان في المذكورين للإجماع.

إلّا أنّ الإنصاف: عدم خلوّ ذلك عن النظر؛ ضرورة المفروغيّة من قاعدة «من أتلف...» التي لهجت بها ألسنة الفقهاء في كلّ مقام، وربّما كان في بعض النصوص[٢] إشعار بها، بل قد عرفت أنّ المقام من المباشرة؛ باعتبار كونه من توليد فعله كالقتل بنحو ذلك خطأً، واعتقاد عدم التعدّي ـ بعد ظهور خطئه ـ لا أثر له.

نعم، قد يقوى عدم الضمان في الفرض إذا اتّفق عصف الهواء بغتةً بعد إشعال النار مثلاً، فإنّه يمكن منع إسناد الإتلاف إليه حينئذٍ، بل هو من التسبيب الجائز له، نحو حفر البئر في ملكه فألقت الريح فيها شيئاً. ولعلّه عليه ينزّل إطلاق محكيّ المقنعة[٣] والنهاية[٤] والمبسوط[٥] والسرائر[٦]: عدم الضمان إذا أشعلها في ملكه فحملتها الريح إلى غيره.

---

(١) أرسله في العناوين الفقهيّة: عنوان ٥٥ ج ٢ ص ٤٠٢.

(٢) تقدّمت الإشارة إلى بعضها في ص ٦٩، وانظر وسائل الشيعة: باب ٥ من كتاب الرهن ح ٢، وباب ٧ منه ح ٢ ج ١٨ ص ٣٨٦ و٣٩١، وباب ٢٩ من كتاب الإجارة ج ١٩ ص ١٤١، وباب ١٨ من كتاب العتق ج ٢٣ ص ٣٦، وباب ١ من أبواب نكاح البهائم ح ١ و٤ ج ٢٨ ص ٣٥٧ و٣٥٨.

(٣) المقنعة: القضايا / ضمان النفوس ص ٧٤٨ ـ ٧٤٩.

(٤) النهاية: الديات / ضمان النفوس ج ٣ ص ٤١٩.

(٥) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٣.

(٦) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٤.

وعلى كلّ حال، فممّا ذكرنا يعلم: أنّه لا إشكال في الضمان مع التجاوز عن قدر الحاجة والعلم أو الظنّ بالتعدّي، بل في المسالك: «لا شبهة في الضمان: لتحقّق التفريط المقتضي له مع وجود السببيّة الموجبة للضمان»[١]، وفي الكفاية: «أنّه مقطوع به في كلامهم، ولا أعرف فيه خلافاً»[٢].

ج ٣٧ / ١٠

بل منه يعلم أيضاً: قوّة القول بالضمان مع انتفاء أحد الأمرين، كما هو مقتضى اشتراط عدمه بهما في بعض العبارات[٣]، بل هو صريح المحكي عن التحرير[٤] واللمعة[٥]، بل والكفاية وإن اعتبر الظنّ القوي فيها[٦]، بل والدروس وإن اعتبر العلم ولم يكتف بالظنّ[٧].

وكأنّه مال إليه في المسالك فيما لو علم التعدّي وتركه اختياراً وإن كان فعله بقدر حاجته، قال: «لأنّ ترك قطعه مع علم التعدّي إلى الغير وقدرته على قطعه تعدٍّ محض. نعم، مع عدم العلم ولا الظنّ قد يشكل الضمان على تقدير تجاوز الحاجة: لأنّ فعله مأذون فيه على التقدير[٨]،

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٦٦.
(٢) كفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٦.
(٣) كقواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٣.
(٤) تحرير الأحكام: الغصب / أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٥.
(٥) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الغصب، والديات / الفصل الأوّل ص ٢٣٥ و ٣٠٠.
(٦) كفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٦.
(٧) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٧.
(٨) في المصدر: على التقديرين.

ولا تفريط»[١].

قلت: قد عرفت صدق الإتلاف عليه وإن كان مأذوناً غير مفرّط، وحينئذٍ فظاهر قول المصنّف: ﴿مع علمه أو غلبة ظنّه أنّ ذلك موجب للتعدّي إلى الإضرار﴾ ـ كالفاضل في القواعد والإرشاد ـ لا يخلو من نظر.

ولعلّ المراد بالظنّ في كلامهم ما يشمل قضاء العادة بسريانه، كما لو كان الهواء شديداً بحيث يحمله إلى ملك الغير، وإن اتّفق عدم شعوره بذلك لبلادة أو غيرها.

وفي القواعد في كتاب الديات: «وإن كان الهواء عاصفاً ولا حائل، أو أجّج أكثر من قدر الحاجة مع غلبة الظنّ بالتجاوز، ضمن»[٢]، ونحو ذلك ما عن غصب التذكرة[٣]. وظاهره الاكتفاء بعصف الهواء عن غلبة الظنّ.

والتحقيق: ما عرفت من كون المدار على صدق الإتلاف حقيقةً ولو بالتوليد إن لم يكن إجماع على خلافه، من غير فرق بين التجاوز في الحاجة وعدمه، وبين العلم أو الظنّ بالتعدّي وعدمه. نعم، لو كان ذلك من التسبّب لم يكن عليه ضمان ما لم يعلم التعدّي أو يغلب على ظنّه

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٦٧.

(٢) قواعد الأحكام: الديات / في الموجب (اجتماع العلّة والشرط) ج ٣ ص ٦٥٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ (الطبعة الحجرية).

↑ ج ٣٧ / ٦١

ولو لكونه من شأنه ذلك .

وبما ذكرنا يفرّق بين تأجيج النار في العاصف وبين تأجيجها بلا ريح ثمّ يعرض الريح في الأثناء ، كما أشرنا إليه سابقاً ، هذا .

وفي المسالك : «ولو اتّفق جفاف شجر جاره بالنار بسبب المجاورة فالحكم كما لو سرت إليها ، إلّا أن تكون أغصان الشجرة في هواء أرض موقد النار ، فلا ضمان إذا كان عطفها غير ممكن ، وإلّا اتّجه الضمان؛ لأنّه ليس له إتلافها مطلقاً كما تقرّر في موضعه» .

«وفي التذكرة أطلق عدم ضمانها متى كانت في هواء موقد النار ، وضمانها إن لم يكن كذلك من غير تقييد بعلم التعدّي أو تجاوز الحاجة ، محتجّاً بأنّ ذلك لا يكون إلّا من نار كثيرة . ولا يخفى ما فيه»[1] .

قلت : قد تقدّم تحقيق الحال في المسألة سابقاً[2] ، والله العالم .

﴿ويتفرّع على السبب فروع﴾ :

﴿الأوّل: لو ألقى صبيّاً في مسبعة، أو حيواناً يضعف عن الفرار، ضمن لو قتله السبع﴾ وإن لم نقل : بأنّ موت الصبي المغصوب سبب يوجب ضمان الغاصب مطلقاً؛ لأنّه أقوى من المباشر الذي لا يحال عليه الضمان .

خلافاً للمحكي عن مبسوط الشيخ : من عدم الضمان؛ لأنّ الحرّ

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٦٧ ـ ١٦٨.

(٢) في ج ٢٧ ص ٥٤٨...

لا يدخل تحت اليد[١].

وفيه: عدم انحصار الضمان بذلك؛ ضرورة ضمانه بمباشرة الإتلاف وتسبيبه على الوجه الذي قدّمناه وإن لم يكن غصباً، بل لا فرق بين الصغير وغيره كالمجنون ونحوه ممّن لا يتمكّن من التخلّص.

ج ٣٧ ٦٢

نعم، لا يضمن الكبير ـ الذي يمكنه التحرّز عادةً ـ باتّفاق إتلاف السبع له؛ لأنّ ذلك لا يعدّ سبباً في حقّه، وإنّما وقع بالاتّفاق، كما لو وضع الصبي في غير المسبعة فافترسه السبع اتّفاقاً، فإنّه لا يضمنه على المشهور[٢]، خلافاً للشيخ ومن عرفت، وعنه احترز المصنّف بقوله: «مسبعة».

لكن في القواعد: «لو نقل صبيّاً حرّاً إلى مضيعة[٣] فافترسه سبع ففي الضمان إشكال»[٤].

بل في التذكرة: «لو نقل صبيّاً حرّاً إلى مضيعة فاتّفق سبع فافترسه فلا ضمان عليه، إحالةً للهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته، ولم يقصد الناقل بالنقل ذلك، وفيه إشكال. أمّا لو نقله إلى مسبعة فافترسه سبع وجب الضمان، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنّه قصد الإتلاف

---

(١) المبسوط: الجراح / صفة قتل العمد ج ٧ ص ٤٦، وانظر كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٥.

(٢) كما في مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٦٨.

(٣) في المصدر بدلها: مسبعة.

(٤) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٤.

بالنقل، وللشافعيّة وجهان، أشهرهما: أنّه لا ضمان»[١].

وفي جامع المقاصد ـ بعد أن جعل منشأ الإشكال: عدم دخول الحرّ تحت اليد، وحصول السبب ـ قال: «وهذا الإشكال ليس بشيء بعد ما سبق في كلامه من أنّ الصبي إذا ألقاه في مسبعة فافترسه السبع ضمنه، وكذا ضمانه لو تلف بسبب لدغ الحيّة ووقوع الحائط على الرأي، فإنّ إلقاءه في مضيعة أقرب إلى توقّع علّة الهلاك من هذه الأخيرة، والأصحّ الضمان فيه وفي المجنون كما سبق»[٢].

قلت: لعلّ الفرق أنّه لا تسبيب باتّفاق افتراس الأسد له في المضيعة باعتبار عدم اعتياده فيها، بخلاف أرض المسبعة، فيكون الأوّل كضمانه لو تلف بلدغ حيّة أو عقرب ـ الذي توقّف هو فيه ونسب الضمان إلى رأي ـ بخلاف أرض المسبعة، بل كاد يكون ما ذكرناه صريح ما حكيناه عنه في التذكرة، والله العالم.

ج ٣٧ / ٦٣

﴿الثاني: لو غصب شاةً فمات ولدها جوعاً ففي الضمان تردّد، وكذا لو حبس مالك الماشية عن حراستها فاتّفق تلفها، وكذا التردّد لو غصب دابّةً فتبعها الولد﴾ كما في القواعد[٣] والإرشاد[٤]

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ (الطبعة الحجرية).

(٢) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٢٤.

(٣) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٣.

(٤) إرشاد الأذهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.

والكفاية[١]، بل والإيضاح باعتبار عدم الترجيح فيه[٢]، بل والتذكرة وإن اقتصر على الثاني[٣]، بل واللمعة وإن اقتصر على الأخير[٤].

نعم، قرّب في الدروس فيه الضمان[٥]، وفي الروضة: «أنّه أقوى»[٦]، وجعل منشأ النظر في غاية المراد في الثلاثة: عدم الاستقلال فلا يتحقّق غصب، ومن أنّه سبب في الإتلاف؛ إذ لولاه لم يتحقّق التلف وإن كان لعلّة أُخرى خارجة[٧].

وفي جامع المقاصد والمسالك: «الأولى أن يقال: إنّ منشأ النظر الشكّ في كونه سبباً في التلف وعدمه؛ لانتفاء المباشرة للإتلاف والغصب».

ثمّ قال في الأوّل: «والتحقيق أن يقال: إن قصد توقّع العلّة في التلف بغصب الشاة والدابّة وحبس المالك عن حراسة الماشية حيث يكون التلف متوقّعاً[٨] ثابت، ومعه فالضمان لازم؛ لضعف المباشرة».

«ومثله ما لو منع المالك من إمساك دابّته المرسلة، حيث يتوقّع

---

(١) كفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٧.

(٢) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٦٧ ـ ١٦٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٦ (الطبعة الحجرية).

(٤) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الغصب ص ٢٣٤.

(٥) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٧.

(٦) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٢٥.

(٧) غاية المراد: الغصب / أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٩٤.

(٨) في المصدر بعدها إضافة: فالضمان.

تلفها مع بقائها مرسلة، ويختلف الأمر في ذلك باختلاف الأحوال، فربّما كان بقاء الدابّة المرسلة أيّاماً وشهراً لا يتوقّع معه التلف، فلا ضمان لو حبس المالك فاتّفق على سبيل الندرة».

إلى أن قال: «ولو منعه من بيعه فاتّفق تلفه فلا ضمان؛ لعدم تحقّق معنى السببيّة في التلف بالمنع من البيع؛ إذ ليس ممّا يقصد بمنع البيع توقّع حدوث علّة التلف».

ج ٣٧ / ٦٤

«ولو كان مشرفاً على الموت فمنعه من بيعه ليذكّيه المشتري، أو منعه من تذكيته، فهنا يحتمل الضمان احتمالاً لا يخلو من وجه؛ لوجود معنى السببيّة...»[1] إلى آخره.

وكأنّه إليه عرّض في المسالك حيث قال في المسائل الثلاث: «والحقّ: أنّ منشأ التردّد إنّما يكون من الشكّ في السببيّة هنا؛ إذ لو سلّمت لم يبق إشكال في الضمان».

«ومنشأ الشكّ فيها مبنيّ على تعريف السبب؛ فعلى ما ذكره المصنّف من تعريفه إذا مات الولد جوعاً بحيث لولا غصب الأُمّ لما مات عادةً فالسببيّة متحقّقة فيه، لكن اتّفاق تلف الماشية بعد حبس المالك عن حراستها قد يكون بسبب حبسه وقد لا يكون، فإن فرض فهو سبب أيضاً».

«وإن فسّر السبب بإيجاد ما يحصل التلف عنده لعلّة أُخرى إذا كان

---

(١) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢١٨ ـ ٢١٩.

السبب ممّا يقصد لتوقّع تلك العلّة ـ كما عرّفه جماعة ـ فيتوقّف ثبوت سببيّته على قصد الغاصب للشاة والحابس للمالك إلى إتلاف الولد والماشية».

«والأصحّ: الضمان مع استناد التلف إلى فعل الغاصب؛ بمعنى: أنّه لولا الغصب والحبس لما تلفت عادةً، فإنّ الواقع في العبارة أعمّ منه؛ لتحقّق السببيّة حينئذٍ، والقصد غير معتبر في تحقّقها وترتّب أثرها كما اقتضاه التعريف الذي اخترناه»[1] انتهى.

وفي الإيضاح: «منشأ النظر في الأوّل: من أنّه مات بسببه؛ لصحّة إسناده إليه عرفاً، ولأنّ السبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعلّة سواه، وهذا تفسير بعض الفقهاء...» إلى آخر ما حكيناه عنه سابقاً في شرح قول المصنّف: «الثاني: التسبيب»[2].

وممّا ذكرناه في ذلك المقام وغيره يظهر لك النظر في جملة من هذه الكلمات؛ ضرورة أنّك قد عرفت كون السبب هو ما دلّت عليه النصوص المزبورة أو أُلحق به بإجماع ونحوه، وما عداه فالأصل براءة الذمّة من الضمان به.

↑ ج ٣٧ / ٦٥

فالمتّجه: عدم الضمان حينئذٍ في المسائل المفروضة بعد فرض الشكّ في السببيّة الشرعيّة بالمعنى الذي ذكرناه. ولا يجدي كونها

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٦٩ ـ ١٧٠.

(٢) تقدّم في ص ٧١ ـ ٧٢.

أسباب[1] عرفيّة أو مشابهة لما في النصوص ـ ممّا ذكر فيها الضمان به ـ بعد حرمة القياس عندنا وعدم الإجماع على الإلحاق وعدم دلالة عرفيّة على وجهٍ يندرج فيها، فتأمّل جيّداً، فإنّ تحقيق المقام ونظائره مبنيّ على ما قدّمناه سابقاً، والله العالم.

﴿الثالث: لو فكّ القيد عن الدابّة فشردت، أو عن العبد المجنون فأبق، ضمن؛ لأنّه فعل يقصد به الإتلاف﴾ فيندرج في «السبب» المنتزع من النصوص السابقة[2] ﴿وكذا لو فتح قفصاً عن طائر فطار، مبادراً أو بعد مكث﴾.

بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل عن الكفاية: أنّه المعروف من مذهب الأصحاب[3]، بل عن ظاهر التذكرة: الإجماع في الأخير أو في الثلاثة[4]، كما عن المبسوط[5] والغنية[6]: نفي الخلاف فيها.

وكذا عن المبسوط: «أنّه لو أهاج الدابّة فشردت أو الطائر فطار [ضمن][7] بلا خلاف»[8]، أي: منّا ومن العامّة، وعن التذكرة: «لو أهاج

---

(١) الأولى التعبير بـ «أسباباً».

(٢) في ص ٦٨ ـ ٦٩.

(٣) كفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٧.

(٤) الترديد ناشئ من نسبة صاحب الرياض إلى ظاهر التذكرة الإجماع في الجميع، انظر تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٥ (الطبعة الحجرية)، ورياض المسائل: الغصب / الأمر الأوّل ج ١٤ ص ٢٠.

(٥) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٨٩ (لم يتعرّض للعبد المجنون).

(٦) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٨١ (لم يتعرّض للعبد المجنون).

(٧) الإضافة من المصدر بتصرّف، ومن مفتاح الكرامة بدون تصرّف.

(٨) تقدّم المصدر آنفاً.

الطائر ضمن قولاً واحداً»[١].

بل صرّح غير واحد: بأنّه لو أفسد الطائر ـ مثلاً ـ بخروجه[٢] ضمنه[٣]؛ لأنّ فعل الطائر منسوب إليه. وإن كان لا يخلو من نظر، خصوصاً في مثل إتلاف الدابّة بعد الفكّ بعض الأموال؛ ضرورة إمكان منع السببيّة الشرعيّة.

ولو تلفت هذه الثلاثة بغير الجهة التي هي فعل السبب؛ كأن مات الطائر مثلاً فلا ضمان؛ لعدم مدخليّة السبب وعدم وضع اليد الموجب للضمان.

ج ٣٧ / ٦٦

واحترز بـ«المجنون» عن العاقل الذي صرّح غير واحد بعدم ضمانه[٤]؛ لقوّة المباشر على السبب كفتح الباب، وقد أشار إليهما المصنّف بقوله: ﴿ولا كذا﴾ لك الحكم ﴿لو فتح باباً على مال فسرق، أو أزال قيداً عن عبد عاقل فأبق﴾ بل لم أجد خلافاً في الأوّل منهما وإن أشعر به نسبته إلى المشهور في الكفاية[٥]، إلّا أنّا لم نتحقّقه، بل لعلّ الثاني أيضاً كذلك ﴿لأنّ التلف بالمباشرة لا بالسبب﴾.

نعم، قيّد الأخير في محكيّ التذكرة[٦] وجامع المقاصد[٧]

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) الأولى إضافة «شيئاً» بعدها.

(٣) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٧١. مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ٤٨.

(٤) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٣.

(٥) كفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٧.

(٦) يأتي المصدر قريباً.

(٧) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢١٧.

والكفاية[١]: بما إذا لم يكن آبقاً، لكن في التذكرة: «في الضمان حينئذٍ إشكال: من حيث استناد فعله إليه فكان مباشراً، ومباشرته معتبرة لأنّه عاقل. ومن حيث إنّ المالك قد اعتمد ضبطه، فإطلاقه إتلاف عليه، فكان كحلّ المجنون والدابّة»[٢] «فلا شكّ في صدق السببيّة، وليس هناك مباشر يمكن أخذ الحقّ منه، وكونه قادراً على التحفّظ مع عدمه لا ينفع، وهذا أقوى؛ لمكان التسبيب ـ كما يأتي في غصب الحرّ ـ مع صدق التصرّف في مال الغير، و[٣]لأنّه بهذه العادة قد أشبه الدابّة ونحوها»[٤].

وفيه: أنّه منافٍ لقاعدة «تقديم المباشر على السبب»، هذا.

وفي الدروس: «ولو فتح باباً على عبد محبوس فذهب في الحال ضمنه عند الشيخ، ونقل عن كلّ العامّة عدم الضمان، ولا فرق بين كونه عاقلاً أو مجنوناً، آبقاً أو غير آبق، بالغاً أو صبيّاً»[٥].

ولا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه، وقد يستأنس للضمان بما ورد من الضمان بإطلاق الغريم[٦].

↑ ج ٣٧ / ٦٧

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٥ (الطبعة الحجرية).

(٣) ليست في المصدر.

(٤) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ٦٠.

(٥) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٨.

(٦) وسائل الشيعة: باب ١٦ من أبواب القصاص في النفس ح ١ ج ٢٩ ص ٤٩.

وعلى كلّ حال، فقد أشار المصنّف وغيره[١] بقوله: «فطار مباداً...» إلى آخره إلى خلاف بعض الشافعيّة: حيث حكم بالضمان في الأوّل دون الثاني[٢] لبعض الوجوه الاعتباريّة.

﴿وكذا﴾ لا ضمان ﴿لو دلّ السارق[٣]﴾ لما عرفت، لكنّ الفاضل في الإرشاد هنا قال بالضمان[٤]، ونسبه غير واحد ممّن تأخّر عنه إلى مخالفة جميع الأصحاب[٥]، وفي غاية المراد: «قد تصفّحت كتب أصحابنا فلم أجد أحداً قال بالضمان»[٦].

قلت: وإن لم ينصّ على عدمه من تقدّمه غير المصنّف، إلّا أنّ قاعدة «تقديم المباشر على السبب» ـ المعلومة عندهم ـ تقتضي كون الضمان على السارق.

وربّما نزّل[٧] ما في الإرشاد على ما إذا كان مستأمناً فدلّ السارق على أمانته، ولا بأس به وإن كان خروجاً عمّا نحن فيه.

---

(١) كابن زهرة في الغنية: في الغصب ص ٢٨١، وابن إدريس في السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٥، والشهيد في الدروس: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٧.

(٢) العزيز: ج ٥ ص ٤٠١ ـ ٤٠٢، روضة الطالبين: ج ٤ ص ١٨٧، الوجيز: ج ١ ص ٣٧٩.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: السرّاق.

(٤) إرشاد الأذهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.

(٥) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢١٦ ـ ٢١٧، مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٧١.

(٦) غاية المراد: الغصب / أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٩٢.

(٧) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ٥٩.

فاتّضح بذلك كلّه: أنّ الضمان على المباشر الذي هو أقوى من السبب.

بل الظاهر عدم الضمان على ذي السبب مع عدم العلم بكون التلف به مجرّداً عن مباشر أقوى منه، فلو حصل التلف بمباشرة غيره ولم يعلم كونه ممّن يقدّم على السبب أو لا لم يضمن؛ للأصل وظهور النصوص السابقة[1] في اعتبار التلف به في التضمين به.

وأولى من ذلك بعدم الضمان ما إذا لم يعلم أصل كون التلف به، كما لو وجد دابّة ـ مثلاً ـ ميّتة في البئر المحفورة عدواناً، ولم يعلم أنّها ماتت في الخارج ثمّ رميت به أو بتردّيها به.

أمّا لو علم مدخليّته في التلف، ولكن لم يعلم مباشرة غيره معه على وجهٍ يرتفع الضمان معها، فقد يتوهّم الحكم بضمان ذي السبب حينئذٍ لأصالة عدم الغير.

لكن لا يخفى عليك أنّه من الأُصول المثبتة، بعد ما عرفت من ظهور النصوص في اعتبار كون العطب به خاصّة في الضمان، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

ج ٣٧ / ٦٨

﴿ولو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه، ضمن إذا لم يكن يحبسه إلّا الوكاء﴾ بلا خلاف كما عن المبسوط[2] والسرائر[3]، بل

---

(١) في ص ٦٨ ـ ٦٩.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٨٩ ـ ٩٠.

(٣) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٥.

ولا إشكال مع فرض كونه مطروحاً على الأرض؛ ضرورة كونه مباشراً للإتلاف أو بحكمه.

﴿وكذا﴾ لو سقط بفعله أو بما يستند إلى فعله، كما ﴿لو سال منه ما ألان الأرض تحته فاندفع ما فيه، ضمن﴾ بلا خلاف أجده فيه بين من تعرّض له[١] ﴿لأنّ فعله سبب مستقلّ بالإتلاف﴾ إذ السقوط بالميلان الناشئ من الابتلال الناشئ من الفتح، وهو ممّا قد يقصد به ذلك. ولعلّه بمعونة فتوى الأصحاب ملحق بالمستفاد من النصوص السابقة[٢] أو مندرج فيها.

﴿أمّا لو فتح رأس الظرف فقلبته الريح﴾ الحادثة أو زلزلة أو وقوع طائر ﴿أو ذاب بالشمس ففي الضمان تردّد﴾ كما في التحرير[٣] والإرشاد[٤].

﴿ولعلّ الأشبه أنّه لا يضمن﴾ لا ﴿لأنّ الريح والشمس كالمباشر، فيبطل حكم السبب﴾ ضرورة قوّة السبب بالنسبة إليهما بعد عدم قابليّتهما للضمان، بل للشكّ في السببيّة المزبورة شرعاً على

---

(١) كالشيخ في المبسوط: (انظر الهامش قبل السابق)، والعلّامة في القواعد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٢ ـ ٢٢٣، والشهيد في الدروس: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٧، والكركي في جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢١٥، والسبزواري في الكفاية الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٧ ـ ٦٣٨.

(٢) في ص ٦٨ ـ ٦٩.

(٣) تحرير الأحكام: الغصب / أسباب الضمان ج ٤ ص ٥٢٤.

(٤) إرشاد الأذهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١ ص ٤٤٤.

وجهٍ يترتّب عليها الضمان، خصوصاً بعد عدم تعارف قصد الإتلاف بالفتح بتوقّع الهبوب، والأصل البراءة.

خلافاً للفخر في المحكي من شرح الإرشاد[١] وغاية المراد[٢] والدروس[٣] وجامع المقاصد[٤] وتعليق الإرشاد[٥] والمسالك[٦]: من الحكم بالضمان؛ لأنّ فعله سبب تلفه، إذ لولا الفتح لما ضاع ما فيه، ولم يتخلّل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه، فوجب الضمان؛ إذ هو كما لو جرح إنساناً فأصابه الحرّ أو البرد فسرت الجراحة، فإنّه يضمن فكذا هنا، بل عن مجمع البرهان: «لا إشكال في الضمان إذا علم كون فعله سبباً فقط لا غير ولم يعلم استناده إلى غيره بالكلّيّة»[٧].

ولا يخفى عليك ما في الجميع بعد الإحاطة بما ذكرناه: من كون المدار على السبب الشرعي المستفاد من النصوص المزبورة[٨] أو ما يلحق به بإجماع ونحوه، والمقام ليس كذلك، خصوصاً في مثل

↑ ج ٣٧ / ٦٩

---

(١) شرح الإرشاد: الغصب / أسباب الضمان ذيل قول المصنّف: «أو بانقلابه بالريح» ورقة ٦٦ (مخطوط).

(٢) غاية المراد: الغصب / أسباب الضمان ج ٢ ص ٣٩٣ (كأنّه مال إليه).

(٣) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٧.

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢١٤.

(٥) حاشية الإرشاد (آثار الكركي): ج ٩ ص ٤٧٥.

(٦) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٧٣.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٨.

(٨) في ص ٦٨ ـ ٦٩.

حدوث الريح الذي جزم بعدم الضمان فيه في محكيّ المبسوط فارقاً بينه وبين إشراق الشمس[١]، بل عنه[٢] وعن الغنية: نفي الخلاف في عدم الضمان به[٣]، وفي الكفاية: أنّ عدم الضمان به أقرب[٤].

وعن التذكرة: التوقّف في الضمان به؛ بخلاف الشمس فاستوجه الضمان بها، قال: «لأنّها ممّا يعلم طلوعها، فيكون الفاتح له معرّضاً ما فيه للشمس، بخلاف هبوب الريح الذي هو غير منتظر ولا متوقّع، فالهلاك حينئذٍ لم يحصل بفعله، وليس فعله ممّا يقصد به تحصيل ذلك العارض، ففعله غير ملجئ، والأمر الحادث مباشر، فلم يتعلّق الضمان بفعله، فكان كما لو فتح الحرز فسرق غيره أو دلّ سارقاً فسرق»[٥].

قلت: لا يخفى عليك ما في الجميع بعد الإحاطة بما ذكرناه؛ ضرورة صدق السببيّة على مذاقهم فيهما، بل في جامع المقاصد: «أنّ وجود الريح كثير موجب لتوقّع القلب والانقلاب»[٦].

نعم، يتوجّه عدم الضمان بناءً على ما ذكرناه من كون سبب الضمان شرعيّاً، وهو ما تضمّنته النصوص المزبورة[٧] أو اُلحق به بإجماع ونحوه

(١ و٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٠.

(٣) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٨١.

(٤) كفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٤ ـ ٣٧٥ (الطبعة الحجرية) (بتصرّف).

(٦) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢١٤ (بتصرّف منشؤه النقل من مفتاح الكرامة).

(٧) في ص ٦٨ ـ ٦٩.

ولو على وجهٍ تنجبر به الدلالة، كما هو واضح.

وكذا الكلام فيما إذا أزال أوراق الكرم وجـرّد عـناقيدها للشـمس حتّى أفسدتها، اللّهمّ إلّا أن يقال فيه وفي أمثاله بصدق إسناد التلف إليه حقيقةً، فيخرج حينئذٍ عمّا نحن فيه.

ولو فرض مجيء إنسان فأسقطه فلا شبهة في كون الضمان عـليه؛ لأنّه مباشر أو كالمباشر في القوّة من الأوّل. بل الظاهر ضمان الأخـير فيما لو فتح رأسه وأخذ ما فيه في الخروج ثمّ جاء آخر ونكّسـه، وإن احتمل اشتراكهما في ضمان الخارج بعد النكس، إلّا أنّ الأوّل أصـحّ؛ ضرورة كون الثاني المباشر أو بحكمه.

ولو فرض في الجامد مجيء آخر بعد الفتح فقرّب منه نـاراً حـتّى ذاب وضاع، فالضمان على الثاني لكونه مباشراً أو بحكمه.

وربّما احتمل[1] عدم ضمانهما مـعاً؛ لأنّ مـجرّد الفـتح لا يـقتضي الضمان فيه، وعدم تصرّف الثاني في الظرف ولا في المظروف. إلّا أنّه كما ترى.

وأولى من ذلك: ما لو كان رأس الزقّ مفتوحاً مـن المـالك فـجاء إنسان فقرّب منه النار، هذا.

ولا يخفى عليك الحال فيما لو حلّ رباط سفينة فغرقت بـالحلّ أو غرقت بسبب حادث من هبوب ريح أو غيره. وفي المسـالك: الجـزم

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٧٣ ـ ١٧٤.

بالضمان في الأوّل وفي الثاني الوجهان[١]، والله العالم.

﴿ومن الأسباب﴾ الموجبة للضمان على نحو ضمان الغصب: ﴿القبض بالعقد الفاسد﴾ كعقد البيع ونحوه من العقود الموجبة لانتقال الضمان إلى القابض، بلا خلاف أجده فيه[٢]، بل هو المعروف من مذهب الأصحاب[٣]، بل في المسالك: «هو موضع وفاق؛ لعموم (على اليد...)[٤]، ولأنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»[٥]. كما تقدّم الكلام في ذلك مستوفى في كتاب البيع[٦] وغيره[٧].

↑ ج ٣٧ / ٧١

ولم نجد من تأمّل في ذلك سوى المقدّس الأردبيلي[٨]، وهو في غير محلّه.

نعم، قد يتأمّل في وجه القاعدة المزبورة في صورة العكس، وهي: «كلّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» وإن كانت مسلّمة بينهم

---

(١) المصدر السابق: ص ١٧٤.

(٢) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٤، والسرائر: المتاجر / الشرط في العقود ج ٢ ص ٢٨٥، وقواعد الأحكام: البيع / في الصيغة ج ٢ ص ١٧، وجامع المقاصد: البيع / في الصيغة ج ٤ ص ٦١.

(٣) كما في كفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٨.

(٤) تقدّم في ص ٦.

(٥) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٧٤.

(٦) في ج ٢٣ ص ٤١٦...

(٧) في ج ٢٨ ص ٨٦ و٤٥٦.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٩.

أيضاً كالأُولى ، كما أوضحنا ذلك كلّه في محلّه .

ونزيد هنا بأن نقول: لعلّ الوجه في الإجماع المزبور في الصورتين :

أمّا الضمان في الأُولى : فلعموم «على اليد . . .» ، ولأنّ الإقدام منهما قد وقع بعنوان المعاملة ـ التي مقتضاها الضمان ـ من دون نظر إلى صحّتها وفسادها ، بل لاحظا مسمّاها المشترك بين الصحيح والفاسد ، والفرض أنّ مقتضاها الضمان الذي هو مضمون «على اليد» ، ولا فرق في ذلك بين العلم بالفساد والجهل به .

وأمّا الثانية : فقد لاحظا مسمّاها المشترك بين الصحيح والفاسد الذي مقتضاه عدم الضمان ، فمع فرض كونه العنوان يترتّب عدم الضمان على تقديري الصحّة والفساد مع العلم والجهل به؛ إذ عدم الضمان ليس من أحكام الصحيح منه ، ولا أنّ الإذن مقيّدة بالصحيح منه؛ ضرورة عدم ملاحظة ذلك لهما وإن زعما أو أحدهما الصحّة ، لكنّه لا على وجهٍ تقيّد الإذن بها ، بل ليس الصادر منهما ولا العنوان لهما إلّا المسمّى المشترك بين الصحيح والفاسد ، الذي مقتضاه عدم الضمان لعدم كونه من أحكام الصحيح منه ، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق نافع ، بل يمكن الجزم بأنّه وجه الإجماع ، والله العالم .

﴿و﴾ منها أيضاً : ﴿القبض بالسوم، فإنّ القابض يضمن﴾ عند

↑ ج ٣٧ / ٧٢

الأكثر[١]، بل المشهور كما في المسالك[٢] وغيرها[٣]؛ لعموم «على اليد ما أخذت»[٤] المقتصر في الخروج منها على غير الفرض من الأمانة.

خلافاً للمحكي عن موضع من السرائر[٥] والمختلف[٦] والإيضاح[٧] ومجمع البرهان[٨]، بل في المسالك[٩] والكفاية[١٠]: «وهو متّجه» للأصل بعد كون القبض المزبور بإذن المالك، فيكون أمانةً كالوديعة.

وفيه: منع اقتضاء ذلك عدم الضمان حتّى في مثل الفرض، خصوصاً بعد الشهرة على الضمان فيه، بل ربّما أرسلوه إرسال المسلّمات، بل المحكي[١١] عن كثير ـ حتّى المختلف والإيضاح والمسالك ومجمع البرهان ـ التصريح بالضمان فيما إذا دفع البائع لعبد كلّي موصوف عبدين للمشتري ليتخيّر فأبق أحدهما؛ إلحاقاً له

---

(١) كما في جامع المقاصد: البيع / بيع الحيوان ج ٤ ص ١٤٩.

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٧٤.

(٣) كإيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٦٧. ومجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٩.

(٤) تقدّم في ص ٦.

(٥) السرائر: الديون / باب الوكالة ج ٢ ص ٨٦.

(٦) مختلف الشيعة: المتاجر / في اللواحق ج ٥ ص ٣٢١.

(٧) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٦٧.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / أسباب الضمان ج ١٠ ص ٤٩٨ ـ ٤٩٩.

(٩) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٧٤ ـ ١٧٥.

(١٠) كفاية الأحكام: الغصب / ما به يتحقّق ج ٢ ص ٦٣٨.

(١١) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ٥٢.

بالمقبوض بالسوم إن لم يكن منه، لعموم «على اليد...»، وقد تقدّم الكلام في ذلك كلّه أيضاً.

ومنه يعلم: عدم اختصاص الحكم بالمقبوض للشراء المعبّر عنه بالسوم، بل المراد منه الأعمّ من ذلك؛ وهو كلّ مقبوض ليكون مضموناً عليه حينئذٍ، فيندرج فيه: قبض المرأة المال ليكون مهراً، والرجل ليكون عوض خلع... ونحو ذلك؛ لاتّحاد المدرك في الجميع، والله العالم.

﴿وكذا استيفاء المنفعة بالإجارة الفاسدة سبب لضمان اُجرة المثل﴾ أو الأقلّ منها ومن المسمّى، بلا خلاف أجده فيه[1]؛ لقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»[2] وعموم «على اليد...»[3] و«من أتلف...»[4] وأصالة احترام مال المسلم.

نعم، في المسالك: «أنّ ضمان ذلك من باب المباشرة للإتلاف،

---

(١) لم يتأمّل في ذلك أحد سوى صاحب المفاتيح، على ما في مفتاح الكرامة: الإجارة / في العوض ج ١٩ ص ٤١٠.

وانظر المبسوط: كتاب الإجارات ج ٣ ص ٢٢٤، والجامع للشرائع: باب الإجارة ص ٢٩٤، وتحرير الأحكام: الإجارة / في شرائطها ج ٣ ص ٨٠، وكفاية الأحكام: الإجارة / في شروطها ج ١ ص ٦٥٥.

(٢) ينظر إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٧، وجامع المقاصد: ج ٥ ص ١٣٢، ومسالك الأفهام: ج ٣ ص ١٥٤، ومجمع الفائدة والبرهان: ج ٨ ص ١٩٢.

(٣) تقدّم في ص ٦.

(٤) تقدّم في ص ٨٨.

ج ٣٧ / ٧٣ لا من باب الأسباب، وإدخالها في السبب تجوّز ـ قال: ـ ومن حكم إتلاف مال الغير مع عدم تسليط المالك: أن يلزمه العوض؛ إمّا بعين إذا كان، أو قيمة المثل، أو أُجرته عيناً كان أو منفعةً»[١].

وفيه: أنّ المراد هنا بالسبب كون ذلك من أسباب الضمان، لا أنّ المراد الضمان بالتلف السببي، وفرق واضح بينهما.

وهل العين مضمونة بالاستيفاء؟ قال في جامع المقاصد: «الذي يلوح من كلامهم العدم، والذي ينساق إليه النظر كونها مضمونة؛ لأنّ التصرّف في العين غير جائز، فهو بغير حقّ، فيكون في حال التصرّف استيلاؤه عليها بغير حقّ، وذلك معنى الغصب».

«إلّا أنّ كون الإجارة الفاسدة لا تضمن بها كما لا تضمن بالصحيحة منافٍ لذلك، فيقال: إنّه دخل معه على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقّاً، والأصل براءة الذمّة من الضمان، فلا تكون العين بذلك مضمونة، وإنّما تضمن المنفعة خاصّة، ولولا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن؛ لأنّ استيلاءه بغير حقّ، وهو باطل»[٢].

قلت: قد قدّمنا[٣] الكلام مستوفى على وجهٍ يعلم منه عدم المنافاة بين ضمان العين وبين القاعدة المزبورة، ويعلم منه أيضاً الفرق بين

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في السبب ج ١٢ ص ١٧٥.

(٢) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢١٦.

(٣) في ج ٢٨ ص ٤٦٤.

الرهن وبينها ، فلاحظ وتأمّل؛ فإنّه ـ مع ذلك ـ قد يقوى عدم ضمانها أيضاً ، والله العالم . ↑ ج ٣٧ / ٧٤

«النظر الثاني»

«في الحكم»

لا خلاف بيننا[١] في أنّه «يجب ردّ المغصوب ما دام باقياً» بل الإجماع بقسميه عليه[٢] إن لم يكن ضرورةً من المذهب[٣] ، مضافاً إلى قوله عليه السلام في النصوص السابقة : «كلّ مغصوب مردود»[٤] .

بل الظاهر كون الحكم كذلك «ولو تعسّر» واقتضى هدم البناء أو خراب السفينة «كالخشبة تستدخل[٥] في البناء و[٦]اللوح في السفينة» ضرورة بقائها على ملكه ووجوب ردّها إليه فوراً ، وقد سمعت قول أمير المؤمنين عليه السلام : «إنّ الحجر المغصوب في الدار رهن

---

(١) كما في تذكرة الفقهاء: الغصب / في الواجب ج ٢ ص ٣٨٢ ـ ٣٨٣ (الطبعة الحجرية). ورياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٢١ ـ ٢٢.

(٢) ينظر الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١٠٩، والروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٣٦، ومجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٢٠.

(٣) جعله ممّا كاد أن يكون من ضروريّات الدين في مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢١٢.

(٤) تقدّم في ص ٨ بعنوان «الغصب كلّه مردود».

(٥) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: المستدخلة.

(٦) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسختي الشرائع والمسالك ـ بدلها: أو .

على خرابها»[١].

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لا يلزم المالك أخذ القيمة﴾ خلافاً لأبي حنيفة وتلميذه الشيباني، فإنّهما قالا بملك الغاصب لهما[٢]، فلا يجب عليه ردّها ولكن يلزمه قيمتها[٣]، ولا ريب في مخالفة ذلك قواعد الإسلام. بل الواجب عليه مع استخراجها: ردّ أُجرتها من حين الغصب إلى حين الردّ، والأرش إن نقصت.

﴿وكذا﴾ الكلام فيما ﴿لو مزجه مزجاً يشقّ تمييزه[٤]﴾: كمزج الحنطة بالشعير أو الدخن بالذرة، و[٥]﴾ حينئذٍ فـ﴿يكلّف[٦] تمييزه[٧] وإعادته﴾ نعم، لو بلغت حدّ الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا يبقى لها قيمة، فلا خلاف[٨] ولا إشكال في وجوب تمام القيمة عليه.

↑ ج ٣٧ / ٧٥

ولكن هل يجبر على إخراجها؟ ظاهر الدروس العدم، قال فيها: «يجب ردّ المغصوب إلى مالكه إجماعاً، ولقوله صلى الله عليه وآله: (على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه)[٩] وإن تعسّر كالساجة في البناء واللوح

---

(١) تقدّم في ص ٨.

(٢) الأولى إمّا إفراد الضمير هنا، أو جعل الضمائر الأُخرى الراجعة إلى الخشبة واللوح بالتثنية.

(٣) الجامع الصغير: ص ٤٦٦، بدائع الصنائع: ج ٧ ص ١٤٩، المبسوط (للسرخسي): ج ١١ ص ٩٣.

(٤ و٧) في نسخة الشرائع: تميّزه.

(٥) ليست في نسخة الشرائع.

(٦) في نسختي الشرائع والمسالك: كلّف.

(٨) كما في رياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٢٣.

(٩) انظر هامش (١٠) من ص ٦.

في السفينة وإن أدّى إلى خراب ملكه؛ لأنّ البناء على المغصوب لا حرمة له، ويضمن أرش نقصانهما وأُجرتهما. ولو علم تعيّبهما وأنّه لا ينتفع بإخراجهما ضمنهما الغاصب بقيمتهما»[١]. بل عن صريح المبسوط ذلك أيضاً[٢].

بل في المسالك: «ظاهرهم عدم وجوب ردّها وأنّها تنزّل منزلة المعدومة»، وإن قال بعد ذلك: «ولو قيل بوجوب إعطائها المالك إذا طلبها كان حسناً وإن جمع بين القيمة والعين»[٣].

قلت: لكنّه منافٍ لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»[٤]، ومنافٍ أيضاً لملك القيمة التي هي عوض شرعي يقتضي ملك معوّضه للدافع. اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّها عوض ماليّته وإن بقي هو مملوكاً، لكنّه كما ترى. وستسمع ـ إن شاء الله ـ تحقيق الحال في المسألة الآتية.

ولعلّ احتمال وجوب بقائها وأخذ الأُجرة عنها خاصّة ـ أو مع القيمة للعين؛ للحيلولة لتعذّر إيصالها كما هي، لكن مع ملاحظة سلب المنفعة الخاصّة أيضاً ـ أولى، وإن لم أجد من احتمله هنا.

وعلى كلّ حال، فقد ظهر لك: أنّه لو أدرج لوحاً مغصوباً في سفينة وجب قلعه إن لم يخف من نزعه هلاك نفس محترمة أو مال كذلك؛ بأن

---

(١) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١٠٩.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٨٦.

(٣) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٧٦.

(٤) تقدّم في ص ١٧.

كانت على وجه الأرض مثلاً، أو أدرجه في أعلاها على وجهٍ لم يخش من نزعه الغرق. وخلاف أبي حنيفة[1] آتٍ هنا.

ج ٣٧ / ٧٦

وإن كانت في اللجّة وخيف من النزع غرق حيوان محترم ـ آدميّ أو غيره ـ أو مال كذلك لغير الغاصب الجاهل بالغصب، ففي القواعد[2] والتذكرة[3] وجامع المقاصد[4] والمسالك[5] والروضة[6] وظاهر غيرها[7]: عدم وجوب النزع، بل في مجمع البرهان: «لا خلاف فيه»[8]؛ جمعاً بين الحقّين، ولاحترام روح الحيوان سواء كان الغاصب أو للغاصب أو غيره.

وفيه: إمكان إلزام الغاصب ومن بحكمه بذبح الحيوان؛ مقدّمةً لإيصال مال الغير الواجب عليه فوراً، ودعوى حرمة ذبحه لغير الأكل ممنوعة.

ولو كان المال للغاصب أو من بحكمه ـ وهو العالم بأنّ فيها لوحاً مغصوباً ـ فالظاهر وجوب النزع، وفاقاً للفاضل في القواعد[9]

---

(١) تقدّم في ص ١١٢.

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٥.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩٦ (الطبعة الحجرية).

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٠٤.

(٥) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٧٦.

(٦) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٣٦.

(٧) كإصباح الشيعة: كتاب الغصب ص ٣٤١.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٢٠ ـ ٥٢١.

(٩) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٥.

والتحرير[١] وولده[٢] والشهيد[٣] والكركي[٤]، بل هو قضيّة إطلاق المصنّف وغيره[٥]، بل في المسالك: نسبته إلى صريح الأكثر[٦]؛ لأنّ دفع المغصوب واجب فوراً، ولا يتمّ إلّا به، والضرر هو الذي أدخله على نفسه بعدوانه الذي لا يناسبه التخفيف.

وعن المبسوط[٧] والتذكرة[٨] وظاهر السرائر[٩]: عدم وجوب النزع؛ لأنّ السفينة لا تدوم في البحر، فيسهل الصبر إلى انتهائها إلى الشطّ، فتؤخذ القيمة للحيلولة إلى أن يتيسّر الفصل وردّ اللوح مع أرش النقص إن نقص؛ جمعاً بين الحقّين. بخلاف الساجة في البناء الذي لا أمد له ينتظر.

وهو ـ كما ترى ـ مجرّد اعتبار لا يرجع إلى محصّل. ودعوى سقوط المقدّمة ـ لقاعدة الضرر ونفي الحرج ـ واضحة السقوط بعد أن كان هو السبب في إدخالهما عليه.

بل لو اختلطت السفينة بسفن كثيرة للغاصب، ولم يوقف على اللوح

---

(١) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٢٧.
(٢) إيضاح الفوائد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ١٨٧ ـ ١٨٨.
(٣) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١٠٩.
(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٠٤.
(٥) كالشيخ في الخلاف: الغصب / مسألة ٢٢ ج ٣ ص ٤٠٨.
(٦) مسالك الأفهام: الغصب / في الأحكام ج ١٢ ص ١٧٦ ـ ١٧٧.
(٧) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٨٦ ـ ٨٧.
(٨) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩٦ (الطبعة الحجرية).
(٩) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٤.

إلّا بفصل الكلّ، فالظاهر ذلك أيضاً للمقدّمة، وإن حكي عن الشافعيّة احتمال العدم[١]، لكنّه في غير محلّه؛ لما عرفت من تطابق النصّ والفتوى على إلزام[٢] الغاصب هنا بالأشقّ على وجهٍ يقدّم على نفي الضرر[٣] والحرج[٤]، كما أومأ عليه السلام إليه بقوله: «الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها»[٥]؛ ضرورة اقتضائه ردّه على مالكه وإن استلزم خراب الدار أجمع، كما هو واضح.

↑ ج ٣٧ / ٧٧

بل قد يقال: إنّ للمالك أخذ ماله من الغاصب الممتنع عن دفعه في كلّ حال ـ وإن استلزم ذلك تلف نفس الغاصب ـ مع فرض عدم التمكّن منه إلّا في الحال المزبور، وخصوصاً مع حاجة المالك له في تلك الحال لحفظ نفسه مثلاً؛ فإنّ احترام نفس الغاصب في الفرض غير معلوم.

ولعلّ قوله تعالى: «فمن اضطرّ غير باغٍ ولا عادٍ»[٦] يشعر بذلك؛ ضرورة ظهوره في سقوط احترامه بالبغي والعدوان، وإن كان في غير المفروض، كما قدّمنا الكلام فيه سابقاً[٧].

بل قد يشعر به في الجملة سقوط احترامه في الدفاع عن المال

(١) العزيز: ج ٥ ص ٤٦٦، روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٣٤.
(٢) في بعض النسخ: التزام.
(٣) تقدّم في ص ١٧.
(٤) سورة الحج: الآية ٧٨.
(٥) تقدّم في ص ٨.
(٦) سورة البقرة: الآية ١٧٣، سورة الأنعام: الآية ١٤٥، سورة النحل: الآية ١١٥.
(٧) في ج ٣٧ ص ٦٣٧.

ولو يسيراً.

اللّهمّ إلّا أن يفرّق بينهما: بأنّ ذلك حيث يمكن رفع الغاصب يده عن الغصب، فمع امتناعه يسقط احترامه، بخلاف الفرض الذي يجب فيه على الغاصب حفظ نفسه المفروض توقّفه على بقاء العين المغصوبة في يده، بل له أخذ مال الغير قهراً ابتداءً مقدّمةً للحفظ.

وفيه: إمكان منع الرخصة له في بقاء المغصوب في يده حفظاً لنفسه؛ باعتبار كونه باغياً وعادياً قبل حال الاضطرار، فلا رخصة له، وفرق بينه وبين الاضطرار ابتداءً لأخذ مال الغير لحفظ نفسه؛ لعدم البغي والعدوان قبل حال الضرورة. مع أنّه يمكن منع الرخصة فيه إذا فرض توقّف حياة المالك على بقائه؛ لأنّه لا تقيّة في الدماء، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٧٨

﴿ولو خاط ثوبه﴾ مثلاً ﴿بخيوط مغصوبة؛ فإن أمكن نزعها﴾ على وجهٍ تصل إلى مالكها ﴿أُلزم﴾ الغاصب ﴿ذلك﴾ وإن استلزم فساد الثوب ﴿وضمن ما يحدث من نقص﴾.

﴿ولو خشي تلفها بانتزاعها لضعفها، ضمن القيمة﴾ كما في القواعد[1] والدروس[2] وغيرها[3][4]؛ لكونه كالمعدوم باعتبار

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٥.

(٢) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١٠٩ ـ ١١٠ (أورده فيما لو خاط بها جرح حيوان).

(٣) الأولى التعبير بـ «وغيرهما».

(٤) كتحرير الأحكام: الغصب /في الأحكام ج ٤ ص ٥٢٧، ومجمع الفائدة والبرهان: الغصب / ←

تعذّر ردّه.

وظاهرهم عدم وجوب الإخراج حينئذٍ كما اعترف به في المسالك[١]، ولكن في جامع المقاصد ـ في شرح عبارة القواعد التي هي كعبارة المصنّف ـ: «ولو طلب المالك نزعها وإن أفضى إلى التلف وجب، ثمّ يضمن الغاصب النقص. ولو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة، ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أنّ جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين، ولو استوعبت القيمة أخذها ولم تدفع العين»[٢].

ونحوه في المسالك، قال: «الخيط المغصوب إن خيط به ثوب ونحوه فالحكم كما في البناء على الخشبة، فللمالك طلب نزعه وإن أفضى إلى التلف، ويضمن الغاصب النقص إن اتّفق، وإن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، ولا يخرج بذلك عن ملك المالك كما سبق، فيجمع بين العين والقيمة»[٣].

وهو ـ كما ترى ـ منافٍ لظاهرهم الذي اعترف به في المسالك سابقاً، ومن هنا جزم في مجمع البرهان بعدم وجوب النزع في مثل الفرض، بل قال: «يمكن أنّه لا يجوز، وتتعيّن القيمة؛ لأنّه بمنزلة

← في الأحكام ج ١٠ ص ٥٢١. وكفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٣٩.

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٧٦.

(٢) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٠٤ ـ ٣٠٥.

(٣) المصدر قبل السابق: ص ١٧٨.

ج ٣٧ / ٧٩

التلف، فتلزمه القيمة فقط، وحينئذٍ يمكن جواز الصلاة في ذلك الثوب المخاط؛ إذ لا غصب فيه يجب ردّه، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة من الماء المغصوب الذي حصل العلم بحاله بعد الغسل وقبل المسح»[١].

وهو جيّد موافق لما قلناه سابقاً من اقتضاء ملك المالك القيمة خروج المغصوب عن ملكه؛ لكونها عوضاً شرعيّاً عنه، وقد تقدّم سابقاً[٢] في وطء حيوان الغير ـ الموجب لدفع القيمة عنه ـ ما يؤكّد ذلك في الجملة.

بل قد تقدّم أيضاً: أنّ من كان في يده المغصوب لو رجع المالك عليه وغرّمه كان له الرجوع على من استقرّ التلف في يده على وجهٍ يملك ما كان في ذمّته للمالك عوض ما أدّاه.

بل ستسمع ملك الغاصب المغصوب إذا أدّى قيمته للحيلولة وإن كان متزلزلاً، بل كأنّ ذلك مفروغ منه عند التأمّل في كلماتهم في مقامات متعدّدة ظاهرة أو صريحة في أنّ المؤدّىٰ عن المضمون عوض شرعيّ عنه على وجهٍ يقتضي الملك للطرفين، من غير فرقٍ بين الموجود من العين ممّا لا قيمة له وبينها إذا كانت كذلك لو انتزعت، كما في الفرض الذي يتعذّر فيه الردّ لنفس العين المغصوبة.

بل لعلّ قولَ المصنّف وغيره[٣]: ﴿وكذا لو خاط بها جرح حيوان

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٢١.

(٢) في ج ٣٧ ص ٤٢٣.

(٣) كالعلّامة في التحرير: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٢٨، والشهيد في الدروس: ←

له حرمة، لم تنتزع[١] إلّا مع الأمن عليه تلفاً وشَيناً، و﴿ إلّا ضمنها﴾ مؤيّدٌ لذلك؛ ضرورة اقتضائه جواز التصرّف للآدمي ـ مثلاً ـ بما خيط به جرحه، وليس ذلك إلّا للخروج عن ملكه بضمان القيمة له بتعذّر الردّ لاحترام الحيوان.

وإن كان لنا نظر وتأمّل في أصل ما ذكروه هنا:

قالوا ـ واللفظ لثاني الشهيدين منهم في المسالك ـ: «إن خيط به جرح حيوان؛ فهو إمّا محترم أو غيره، والمحترم إمّا آدمي أو غيره:».

↑ ج ٣٧ / ٨٠

«فالآدمي إن خيف من نزعه تلفه أو غيره من المحذور المجوّز للعدول إلى التيمّم[٢] ـ من المرض والشَّين ـ لم ينزع، وعلى الغاصب قيمته. ثمّ إن خاط جرح نفسه فالضمان مستقرّ عليه، وإن خاط جرح غيره بإذنه وهو عالم بالغصب قيل: كان قرار الضمان عليه، والأجود قراره على المباشر[٣]».

«وأمّا غير الآدمي فعلى ضربين، أحدهما: غير المأكول، والحكم فيه كالآدمي؛ لأنّه لا ينتفع به مع ذبحه. والثاني: المأكول؛ فإن كان لغير الغاصب لم ينزع لحرمة روحه، وإن كان للغاصب فوجهان: أنّه يذبح

← الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١٠٩ ـ ١١٠.

(١) في نسخة الشرائع: «لم ينتزع»، وفي نسخة المسالك: «لم تنزع».

(٢) في المصدر بدلها: القيمة.

(٣) في المصدر بعدها إضافة: «وإن كان جاهلاً فلا إشكال في قراره ـ بل وجوبه ـ ابتداءً على المباشر».

ويردّ الخيط؛ لإمكان الجمع بين الحقّين، وهو جائز الذبح. وأظهرهما ـ وهو الذي يقتضيه إطلاق المصنّف ـ المنع كما في غير المأكول؛ لأنّ للحيوان حرمة في نفسه، ولهذا يؤمر بالإنفاق عليه ويمنع من إتلافه بغير الذبح للأكل[١]، وقد روي: أنّه ﷺ نهى عن ذبح الحيوان إلّا لأكله[٢]»[٣].

قلت: قد يناقش أوّلاً: بإمكان منع جعل مسوّغ التيمّم عذراً في عدم وجوب الردّ هنا مطلقاً؛ لما عرفته من تكليف الغاصب بأشقّ الأحوال في الردّ وإن استلزم الضرر عليه والمشقّة، فمع فرض أنّه قد خاط به جرحه وكان في نزعه مشقّة لا يخشى منها التلف ـ وإن جاز التيمّم لها، أو يخشى الشين من نزعه ـ يتّجه تكليفه بذلك؛ إلزاماً له بأشقّ الأحوال؛ لأنّه هو الذي أدخل الضرر عليه باختياره الغصب الذي مقتضاه ذلك. واحتمال الفرق بين الضرر المالي وغيره لا دليل عليه. نعم، قد يتّجه ذلك مع الخوف على النفس الذي يسقط معه خطاب الردّ، فتأمّل جيّداً.

وثانياً: بإمكان إلزامه بشراء ما يجوز ذبحه من الحيوان إذا كان للغير مأكولاً أو غيره ـ مقدّمةً لذبحه ونزع الخيوط منه، وإن أدّى ذلك إلى

---

(١) في المصدر بدل «بغير الذبح للأكل»: «فإذا لم يقصد بالذبح الأكل منع منه».

(٢) تلخيص الحبير: ح ١٢٧٢ ج ٣ ص ٥٥، بحار الأنوار: السماء والعالم / باب ١ من أبواب الحيوان وأصنافها ج ٦١ ص ٨.

(٣) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٧٨ ـ ١٧٩.

ضرر عليه ـ فضلاً عن إلزامه بذبح ما يجوز ذبحه من الحيوان الذي له.

ج ٣٧ / ٨١

ودعوى حرمته لغير الأكل واضحة المنع.

وثالثاً: بمنع إطلاق قرار الضمان عليه حتّى في صورة علم ذي الجرح بغصب الخيوط وطلبه التخييط بها.

وعلى كلّ حال، فإذا مات الحيوان الذي خيط به جرحه؛ فإن كان غير الآدمي نزع منه الخيط، وفي الآدمي وجهان: أصحّهما كما في المسالك[1] وغيرها[2]: «العدم؛ لما فيه من المثلة، والآدمي محترم حيّاً وميّتاً، ولذلك قال صلى الله عليه وآله: كسر عظم الميّت ككسر عظم الحيّ[3]».

قلت: قد يقال باستثناء ذلك، كما ذكروه في النبش للتوصّل إلى المال، بل يمكن منع كون ذلك من المثلة المحرّمة، خصوصاً في بعض الأفراد.

وأمّا غير المحترم من الحيوان ـ وهو ما يصحّ إتلافه بغير التذكية، كالخنزير والكلب العقور ـ فلا يبالى بهلاكه ونزع الخيط منه.

ويلحق بهما الكافر الحربي، بل والمرتدّ عن فطرة، بل والزاني المحصن... ونحوهم ممّن هو غير محترم النفس، وكذا لو عرض عدم احترامها بردّة ونحوها بعد الخياطة.

واحتمال عدم الجواز ـ باعتبار كون الحدّ وظيفة الإمام، وعدم

---

(١) المصدر السابق: ص ١٧٩.

(٢) كأنّه مال إليه في الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١٠٩ ـ ١١٠.

(٣) تلخيص الحبير: ح ١٢٧١ ج ٣ ص ٥٤، سنن البيهقي: ج ٤ ص ٥٨.

جواز قتل المحارب في بعض الأحوال على بعض الأقوال ـ كما ترى؛ ضرورة عدم كون ذلك من الحدّ، بل هو أخذ ماله المستلزم لموت غير محترم النفس، ونحوه يجري في المحارب.

والكلام هنا يجري نحوه في لوح السفينة في صورة ما إذا كان فيها حيوان، وإن لم يذكر احتمال الذبح هناك كما نبّهنا عليه، والله العالم.

﴿ولو حدث في المغصوب عيب﴾ مستقرّ لا سراية له ﴿مثل تسويس التمر أو تخريق الثوب، ردّه مع الأرش﴾ سواء كان بفعل الغاصب أو غيره، وسواء زال معه الاسم أو غيره، بلا خلاف أجده فيه بيننا[1]، بل الإجماع بقسميه عليه[2]، بل هو مقتضى وجوب ردّ المغصوب وضمان ما فات منه المستفادين من العقل والكتاب والسنّة والإجماع[3].

↑ ج ٣٧ / ٨٢

خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة: من أنّه إذا غيّر الغاصب المغصوب تغييراً أزال به الاسم والمنفعة المقصودة منه ـ كما إذا قطع الثوب أو طحن

---

(١) كما في ظاهر مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٨٠. ونسبه الكركي إلى التذكرة، انظر جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٦٦.

(٢) نقل الإجماع في تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩٢ (الطبعة الحجرية).

وصرّح بالحكم في الجامع للشرائع: باب الغصب ص ٣٤٧، وقواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٠، وكفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٣٩، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٦٥ ج ٣ ص ١٧١.

(٣) تقدّمت الإشارة إلى هذه الأدلّة في ص ٤٥ ـ ٤٦ و ١١١.

الحنطة مثلاً ـ ملكه وضمن قيمته للمالك[١]. بل عنه: لو دخل لصّ دار رجل مثلاً، فوجد بغلاً وطعاماً ورحى، فضمد[٢] البغل وطحن الطعام ملك الدقيق، فإن انتبه صاحب الدار بعد ذلك كان للّصّ قتاله عن دقيقه، فإن أتى الدفع عليه فلا ضمان على اللصّ[٣].

وهو ـ كما ترى ـ منافٍ لقاعدة بقاء الملك، بل وللمعلوم من الشرع، والله العالم.

﴿ولو كان العيب غير مستقرّ﴾ بل هو سارٍ لا يزال يزداد إلى الهلاك ﴿كعفن الحنطة، قال الشيخ﴾ في المحكي من مبسوطه[٤]: الأقوى أنّه ﴿يضمن قيمة المغصوب﴾ لأنّه بشرفه على التلف صار كالمستهلك، فيضمن الغاصب حينئذٍ مثله أو قيمته، بل مقتضى ذلك بناءً على ما قدّمناه كون المغصوب ملكاً للغاصب. وعن التذكرة: أنّه أظهر قولي الشافعيّة[٥].

لكن قال المصنّف: ﴿ولو قيل: تردّ[٦] العين مع أرش العيب

---

(١) المبسوط (للسرخسي): ج ١١ ص ٨٦، شرح فتح القدير: ج ٩ ص ٣٣٢، البحر الرائق: ج ٨ ص ١٣٠.

(٢) في المصدر: «فصمد» والضمد: الضرب، والصمد: القصد والضرب. القاموس المحيط: ج ١ ص ٥٩٢ و٥٩٤ (صمد) (ضمد).

(٣) نقله ابن جرير على ما في الخلاف: الغصب / مسألة ٢٠ ج ٣ ص ٤٠٧.

(٤) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٨٢.

(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩٠ (الطبعة الحجرية).

(٦) في بعض النسخ ـ مطابقاً لنسخة الشرائع ـ بدلها: بردّ.

الحاصل ثمّ كلّما ازداد[١] دفع أرش الزيادة﴾ حتّى يهلك ﴿كان حسناً﴾ وإن فعل ذلك المالك عناداً؛ لعدم كونه تالفاً حقيقةً، بل جزم به كلّ من تأخّر عنه[٢].

↑ ج ٣٧ / ٨٣

نعم، في قواعد الفاضل ذلك «على إشكال، ينشأ من حصول البراءة بدفع العين وأرش النقص، فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرّف فيه إلى أن يتلف، ومن استناد النقص إلى السبب الموجود في يد الغاصب»[٣].

ولا يخفى ما في الوجه الأوّل؛ ضرورة عدم اقتضاء دفع أرش الحاصل كونه كمال الحقّ الواجب، لعدم حدوث تلف شيء يكون مضموناً بعدُ، فإذا حدث ضمنه؛ لأنّه مستند إلى جنايته. ومعاندة المالك بالطريق الشرعي ـ الذي هو تسلّط الإنسان على ماله ـ لا تقتضي سقوط أرش الجناية المضمونة.

وفي جامع المقاصد: تقييد الحكم المزبور بما إذا لم يتمكّن المالك من العلاج بسهولة، وإلّا ففيه تردّد[٤].

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: عيباً.

(٢) كالعلّامة في الإرشاد: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٦، وولده في الإيضاح: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ١٨٠، والصيمري في غاية المرام: الغصب / في الحكم ج ٤ ص ٨٧، والأردبيلي في مجمع البرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٢٢.

(٣) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٠.

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٦٨.

وتبعه في المسالك، قال: «هذا إذا لم يمكن إصلاحه، وإلّا سقط أرش ما زاد على ذلك؛ لاستناد الفائت إلى تقصير المالك، كما لو جرحه فترك علاج الجرح مع قدرته عليه، فإنّه لا يكون مضموناً»[١].

قلت: يمكن منع عدم الضمان في الجرح، بل نفى الخلاف بعضهم عن الضمان لو جرحه فترك المداواة حتّى مات، قال: «لأنّ السراية مع ترك المداواة من الجرح المضمون على الجارح. نعم، لو فصده الفصّاد مداواةً لمرضه بأمر الطبيب، فترك شدّه أو ترك كلّ منهما شدّه حتّى نزف الدم فمات، فخيرة الكتاب والتحرير والإرشاد والتلخيص: أنّه لا ضمان على الفصّاد، واستشكل فيه الفاضل في القصاص من استناد الموت إلى سراية الجرح، فهو كغيره من الجراحات التي يهمل المجروح مداواتها، وعلى كلّ حال فما نحن فيه من الأوّل»[٢].

↑ ج ٣٧ / ٨٤

لكن قد يقال: إنّ الأرش الذي دفعه الغاصب إنّما هو أرش عيب سارٍ، على معنى تقويم الحنطة صحيحةً بكذا ومعيبةً بالعيب المزبور بكذا، فهو كمال حقّ المالك، فلا وجه لضمان ما تجدّد بعده؛ إذ هو حينئذٍ كرجوع المشتري على البائع بمثل العيب المزبور لو فرض سبقه أو حدوثه في الثلاثة على وجهٍ يكون ضمانه على البائع، ودعوى التزام ذلك فيه أيضاً واضحة المنع، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٨١.

(٢) مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

﴿ولو كان﴾ المغصوب باقياً ﴿بحاله ردّه، ولا يضمن تفاوت القيمة السوقيّة﴾ بلا خلاف أجده فيه بيننا[١]، بل في المسالك: نسبته إلى أكثر أهل العلم[٢]؛ لأنّ الفائت رغبات الناس، لا شيء من المغصوب ـ خلافاً لشذاذ من العامّة[٣] ـ وخصوصاً إذا فاتت القيمة ثمّ عادت إلى ما كانت وقت الغصب.

نعم، لو كان التفاوت بسبب نقصان في العين ضمن ذلك، كما ستعرف الكلام فيه وفي غيره، والله العالم.

وكيف كان ﴿فإن تلف المغصوب ضمنه الغاصب بمثله إن كان مثليّاً﴾ بلا خلاف معتدّ به أجده فيه كما اعترف به بعضهم[٤]، بل هو من قطعيّات الفقه كما يومئ إليه أخذه مسلّماً في سائر أبوابه، وفي جامع المقاصد: الإجماع عليه[٥].

بل في غاية المراد: «أطبق الأصحاب على ضمان المثلي بمثله، إلّا ما يظهر من ابن الجنيد، فإنّه قال: إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضي صاحبه، ولعلّه يريد القيمي»[٦].

---

(١) كما في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٣، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٦٥ ج ٣ ص ١٧١.

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٨١ ـ ١٨٢.

(٣) حلية العلماء: ج ٥ ص ٢١١، روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢١٢.

(٤) كالطباطبائي في الرياض: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٢٣.

(٥) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٤٥.

(٦) غاية المراد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٨.

والمراد من ضمانه بمثله: عدم تسلّط المالك على إلزامه بالقيمة لو أرادها، كما أنّه لا تسلّط للغاصب على إلزام المالك بقبول القيمة لو بذلها.

لكن لم نعثر في شيء ممّا وصلنا من الأدلّة ـ عدا معقد الإجماع والفتاوى ـ على المثلي والقيمي عنواناً، كي يرجع فيهما ـ كغيرهما ـ إلىٰ العرف بعد انتفاء الشرع.

ج ٣٧ / ٨٥

نعم، قال الله (تعالى شأنه): «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»[١] «وجزاء سيّئة سيّئة مثلها»[٢] «وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به»[٣]... إلى غير ذلك ممّا ورد في المقاصّة التي مقتضاها ضمان الشيء بمثله العرفي لا الاصطلاحي.

نعم، خرج الحيوان لما في صحيح أبي ولّاد[٤] ـ من ضمان قيمة البغل ـ وغيره ممّا ورد فيه القيمة[٥]، بناءً على إرادة الإلزام بها ـ على وجهٍ لا يجزئ غيرها ـ من الخبر المزبور، فيتّجه حينئذٍ احتمال كون الأصل الضمان بالمثل العرفي إلّا ما خرج بالدليل.

ولعلّه لذا ذهب المصنّف فيما تقدّم من كتاب القرض إلى ضمان

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٢) سورة الشورى: الآية ٤٠.

(٣) سورة النحل: الآية ١٢٦.

(٤) يأتي مقطعان منه في ص ١٥١ و١٥٢.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ٢٠٣.

القيمي بمثله[1]؛ لإطلاق ما دلّ على قرض الشيء بمثله الصادق بالمثل العرفي، وقد تقدّم الكلام فيه في محلّه.

وعلى كلّ حال، فالآيات المزبورة لا دلالة في شيء منها على المثلي المصطلح، الذي ستسمع ما ذكروا له من التعاريف المتعدّدة.

بل قيل: «إنّ المراد بالآية إن كان بيان التشبيه الخاصّ ـ بمعنى عدم التجاوز في مقدار الاعتداء عمّا اعتدى به ـ فهو حينئذٍ أجنبي عن المثلي المصطلح؛ ضرورة كون المراد حينئذٍ التساوي في مقدار الاعتداء في القتل والجرح وأخذ المال من دون ملاحظة المثل أو القيمة، بل ليس فيها حينئذٍ إلّا حكم واحد، وهو الرخصة في الاعتداء بمقدار اعتداء المعتدي وأن لا يتجاوز عنه. والمراد بالمقدار: هو أن يحكم أهل العرف بأنّهما سيّان في المنفعة والفائدة، ويرضى العقلاء بتملّك كلّ منهما مقام الآخر من غير فرقٍ بين المثل والقيمة».

↑ ج ٣٧ / ٨٦

«وإن كان المراد التشبيه المطلق ـ يعني: يجوز لكم الاعتداء على نحوٍ يماثل اعتداء المعتدي في الاعتداء والمعتدى به ـ فهذا إطلاق ينصرف إلى العموم في كلام الحكيم، وحينئذٍ فهو يشتمل على حكمين، الأوّل: الرخصة في الاعتداء، والثاني: أنّ ذلك على سبيل المثليّة في كلّ شيء، وهو يشمل المثلي والقيمي أيضاً، ففي كلّ منهما يجب اعتبار المماثلة في الاعتداء والمعتدى به في كلّ شيء إلّا مع التعذّر، وهو

---

(١) تقدّم في ج ٢٦ ص ٤٠...

يناسب مذهب ابن الجنيد بلزوم المثل في القيمي أيضاً إلّا مع التعذّر، فلا تدلّ الآية على التفصيل المزبور».

«فالمناص: بأن يبنى تفسير الآية على الوجه الثاني ويخصّ عمومه بدليل خارجي مثل صحيح أبي ولّاد[1]، أو يقال: إنّ حكم القيمي ليس داخلاً في الآية، أو يعترف بمذهب ابن الجنيد، فيندرج مسألة الرجوع إلى المثل في المثلي تحت عموم الآية، لا لأنّ لفظ المثل فيهما[2] بمعنى المثلي المصطلح، بل لأنّ المماثل المصطلح من أفراد المماثلة المعتبرة في الآية بالمعنى، ويخرج القيمي بالصحيحة المزبورة...»[3] إلى آخر ما ذكره القائل المزبور.

فإنّه وإن كان كلامه لا يخلو من غشاوة وقبح تأدية وخلل في النقل عن ابن الجنيد ـ الظاهر في ضمان مطلق المغصوب بقيمته وتوقّف الاجتزاء بالمثل على رضا المالك، بناءً على رجوع القيد في كلامه إلى الأخير، وإن كان راجعاً إليهما كان مراده كون التخيير حينئذٍ بيد المالك بين المثل والقيمة مطلقاً، كما هو المعروف في النقل عنه ـ لكنّه راجع إلى ما ذكرناه من عدم دلالة الآية على اعتبار المثلي المصطلح، بل إن كان ولابدّ فيكفي المثل العرفي.

↑ ج ٣٧ / ٨٧

---

(١) يأتي مقطعان منه في ص ١٥١ و١٥٢.

(٢) أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: فيها.

(٣) جامع الشتات: ج ٢ ص ٣٠٠ ـ ٣٠١.

ولعلّه لذا قال المقدّس الأردبيلي ـ بعد أن أشكل ما ذكره من تعاريف المثلي ـ ما حاصله من[١] أنّ «تحقيقه مشكل جدّاً، وهو مبنى أحكام كثيرة، والذي تقتضيه القواعد أنّه لفظ[٢] عليه أحكام بالإجماع والكتاب والسنّة، وليس له تفسير في الشرع، وما ذكر مجرّد اصطلاح، فيمكن أن يحال إلى العرف، وهو كلّ ما يقال: إنّ لهذا مثلاً عرفاً يؤخذ به، فإن تعذّر أو[٣] لم يكن أصلاً فالقيمة، بل ينبغي ملاحظة مثل المتلف، فلا يجزئ مطلق الحنطة عن الصنف الخاصّ المتلف، بل لا فرق بينها وبين الثوب بل والفرس وغيرهما إذا كان لهما أمثال عرفيّة»[٤].

قلت: لكنّ ذلك كلّه ـ كما ترى ـ مخالف للإجماع بقسميه، بل ولما هو كضروريّ الفقه بين العامّة والخاصّة، فيمكن أن يقال ـ بملاحظة ذلك، وملاحظة الأمر بالقيمة في الحيوانات[٥] والمنافع[٦] والسفرة الملتقطة[٧] في الطريق وكان فيها بيض ولحم وغيرهما[٨]... وغير ذلك

---

(١) الظاهر عدم الحاجة إلى هذه الكلمة.

(٢) في المصدر بعدها إضافة: بني.

(٣) في المصدر بدلها: أي.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٢٥ ـ ٥٢٦ (بتصرّف).

(٥) كما في صحيحة أبي ولّاد التي يأتي منها مقطعان في ص ١٥١ و١٥٢. وانظر وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب نكاح البهائم ح ١ و٤ ج ٢٨ ص ٣٥٧ و٣٥٨، وباب ٢٦ من أبواب موجبات الضمان ج ٢٩ ص ٢٦٢.

(٦) وسائل الشيعة: انظر باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ٢٠٣.

(٧) في بعض النسخ: الملتقطة.

(٨) وسائل الشيعة: باب ٢٣ من كتاب اللقطة ح ١ ج ٢٥ ص ٤٦٨.

ممّا ورد فيه الأمر بالقيمة وله أمثال عرفيّة ـ : إنّه لا يراد المثل العرفي، بل هو شيء فوق ذلك، وهو المماثلة في غالب ما له مدخليّة في ماليّة الشيء، لا المماثلة من كلّ وجه المتعذّرة، ولا مطلق المثل العرفي الذي يطلق مع وجود جهة الشبه في الجملة، وهذا لا يكون إلّا في الأشياء المتساوية المتقاربة في الصفات والمنافع والمعلوم ظاهرها وباطنها.

ج ٣٧ / ٨٨

ومن هنا كان الحيوان قيميّاً؛ باعتبار أنّه وإن وجد له مثل عرفاً ولكن لم يعلم باطنه المختلف أشدّ اختلاف، وكذا الثوب، بل والأرض التي فيها قطع متجاورات، والمنافع المختلفة كلّ الاختلاف باعتبار الاستيفاء. وفرض وجود المثل ـ المنطبق على المعنى المصطلح ـ في بعض الأفراد، لا يوافق اطّراد قواعد الشرع؛ فلذا كان المدار على النوع بل الصنف.

﴿و﴾ بذلك يتّضح لك المراد في تعريف المشهور ـ كما في المسالك[1] وغيرها[2] ـ للمثلي بأنّه ﴿هو ما يتساوى قيمة أجزائه﴾ وزاد بعضهم التمثيل بالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والأدهان وما أشبه ذلك[3].

ولعلّ المراد: تساوي قيمة أجزاء الصنف من النوع منه، بل الأشخاص من الصنف، بل على أن يكون ذلك التساوي من حيث

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٨٢.

(٢) ككفاية الأحكام: الغصب / في الحكم ج ٢ ص ٦٣٩.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب / في المضمونات ج ٢ ص ٣٨١ (الطبعة الحجرية).

الذات لا الاتّفاق. وحينئذٍ فالمنّ من شخص الحنطة الخاصّة مثلاً والدهن الخاصّ مثلاً قيمة أجزائه متساوية؛ ضرورة كون الرطل بدرهم مع فرض كون المنّ بدرهمين... وهكذا.

ولا يرد النقض بالثوب أو الأرض، الذي يمكن دفعه بعدم غلبة ذلك فيهما، وفرض بعض الأفراد كذلك لا يناسب اطّراد قواعد الشرع.

بل ممّا ذكرنا يعلم اندفاع ما أُورد في مجمع البرهان بأنّه «إن أُريد التساوي بالكلّيّة فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرَّف؛ إذ ما من شيء إلّا وأجزاؤه مختلفة في القيمة في الجملة، مثل الحنطة والشعير وجميع ما قيل: إنّه مثليّ، فإنّ (قفيزاً من حنطة يساوي عشرة وآخر يساوي عشرين)[1]. وإن أُريد التساوي في الجملة فهو في القيمي أيضاً موجود، مثل الأرض والثوب ونحوهما. وإن أُريد مقداراً خاصّاً فهو حوالة على مجهول»[2].

قلت: قد عرفت أنّ المراد المساواة في غالب ما له مدخليّة في الماليّة، وتفاوت أفراد الحنطة وإن كان معلوماً إلّا أنّك قد عرفت المساواة في أشخاص الأصناف، ولا يكفي الاتّحاد في اسم النوع المنافي لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»[3] ولغيرها.

↑ ج ٣٧ / ٨٩

ولعلّه أشار إلى ما ذكرنا الشهيد في الدروس بتعريفه المثلي بأنّه

---

(١) في المصدر بدلها: «حنطة طغارها يساوي عشرين والآخر عشر شاهيّات».

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٢٢ ـ ٥٢٣.

(٣) تقدّم في ص ١٧.

«المتساوي الأجزاء والمنفعة المتقارب الصفات»[١]، بل هو في الحقيقة كشف لتعريف المشهور، لا أنّه تعريف آخر وإن توهّمه غير واحد[٢].

بل لعلّه المراد من تعريفه له في غاية المراد أيضاً بأنّه «ما تتساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعيّة»[٣]؛ على معنى إرادة التساوي المزبور، لا أنّ المراد به الاتّحاد في اسم القليل والكثير منه كالماء والحنطة؛ كي يرد[٤] عليه الانتقاض بالأرض.

وإليه يرجع ما في التذكرة عن بعض من «أنّه ما لا يختلف أجزاء النوع الواحد منه في القيمة، وربّما يقال: في الجرم والقيمة. ويقرب منه قول من قال: إنّه الذي يتشاكل في الخلقة ومعظم المنافع، أو ما تتساوى أجزاؤه في المنفعة والقيمة، وزاد بعض: من حيث الذات لا من حيث الصفة»[٥].

بل لعلّه المراد أيضاً من تعريفه[٦] بالمقدّر بالكيل والوزن؛ على معنى: غلبة التساوي في أجزائها على الوجه المزبور في كثير من أفرادها المتعارفة، فلا يرد النقض[٧] بالمعجونات.

---

(١) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٣.

(٢) كالشهيد الثاني في المسالك: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٨٣، والسبزواري في الكفاية: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٠.

(٣) غاية المراد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٣٩٨.

(٤) كما في مسالك الأفهام: (انظره في الهامش قبل السابق).

(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب / في المضمونات ج ٢ ص ٣٨١ (الطبعة الحجرية).

(٦) العزيز: ج ٥ ص ٤١٩، روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٠٠.

(٧) كما في تذكرة الفقهاء: (الهامش قبل السابق).

ومن هنا زيد فيه اشتراط جواز السلم فيه[١]، أو اشتراط جواز بيع بعضها ببعض بتشابه الأصلين في قضيّة التقابل[٢].

فلا يرد ما في المسالك من أنّه «اعترض على العبارات الثلاثة: بأنّ القماقم[٣] [٤] والملاعق المتّخذة من الصُّفْر موزونة، ويجوز السلم فيها، وبيع بعضها ببعض، وليست مثليّة» مضافاً إلى ما أورد هو عليه بـ«منع جواز السلم فيها؛ لاختلافها وعسر ضبطها»[٥]، وإلى ما ذكرناه سابقاً من أنّ المراد التساوي ذاتاً لا اتّفاقاً بصنع صانع ونحوه.

↑ ج ٣٧ / ٩٠

بل لا يرد عليه ما قيل[٦] من اقتضائه كون الشيء مثليّاً في بلد قيميّاً في آخر، لمكان اختلافهما في الكيل والوزن وعدمهما.

إذ قد عرفت أنّ المراد بذا المتعارف في الغالب باعتبار كشفه عن تساوي أجزائه، لا أنّ المراد مثليّته من حيث الكيل والوزن المختلفين باختلاف البلدان.

وبالجملة: فالمراد من التعاريف واحد، وهو التساوي الذاتي في غالب ما له مدخليّة في الرغبة والقيمة، وأن يكون ذلك غالباً في أفراد

(١ و٢) الهامش قبل السابق.

(٣) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسخة المصدر ـ فيها إضافة: «والمغارف».

(٤) القماقم: جمع قمقمة، وعاء من صفر يستصحبه المسافر. مجمع البحرين: ج ٦ ص ١٤١ (قمم).

(٥) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٨٣.

(٦) كما في مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٢٥.

الأصناف لا اتّفاقاً.

بل لعلّه المراد أيضاً ممّا في الإرشاد وشرحه الإسعاد لبعض الشافعيّة من تعريفه: بأنّه ما أمكن ضبطه بكيل أو وزن وجاز السلم فيه[١].

بل لعلّه المراد أيضاً ممّا حكاه في الرياض عن خاله في دفع ما سمعته من المقدّس الأردبيلي من «أنّه لعلّ المراد التقارب[٢] المتعارف المعتدّ به عند أهل العرف؛ أي ما يكون متساوي الأجزاء عرفاً يكون مثليّاً، وغير المتساوي كذلك غير مثلي. وأيضاً المثلي: ما تعارف تحقّق المثل له بحيث يساويه ويماثله في الطبيعة والمميّز النوعي والصنفي، وهو أقرب إليه من كلّ جنس وإن كان مثل الدرهم والدينار»[٣].

بل يعلم ممّا ذكرنا أيضاً: أنّه لا وقع لما اعتذر به الكركي عن التعريف المزبور بأنّ «الظاهر منه إرادة ضبط المثلي بحيث يتميّز فضل تميّز، لا التعريف الحقيقي، أو يكون التمثيل بالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والأدهان داخلاً في التعريف، فيكون انكشافه بهذه الأمثلة»[٤].

---

(١) هذان الكتابان غير متوفّرين.

(٢) في المصدر بدلها: التفاوت.

(٣) رياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٢٥ ـ ٢٦.

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٤٥.

ضرورة أنّك قد عرفت كون المراد بالتعريف المزبور ما لا يحتاج معه إلى الاعتذار المذكور.

ومن الغريب ما في المسالك من أنّه «اعترض عليه: بأنّه إن أُريد بالأجزاء كلّ ما تركّب عنه الشيء لزم أن لا تكون الحبوب مثليّة؛ لأنّها تركّب من القشور والألباب، والقشر واللبّ مختلفان في القيمة، وكذلك التمر والزبيب؛ لما فيهما من العَجَم[1] والنوى. وإن أُريد الأجزاء التي يقع عليها اسم الجملة لزم أن لا تكون الدراهم والدنانير مثليّة؛ لما يقع في الصحاح من الاختلاف في الوزن والاستدارة والاعوجاج ووضوح السكّة وخفائها، وذلك ممّا يؤثّر في القيمة»[2].

ج ٣٧ / ٩١

بل ممّا ذكرناه يظهر لك المناقشة فيما في الرياض وغيره من أنّه «لا يذهب عليك عدم ظهور حجّة لهذه التعاريف عدا العرف واللغة، وهما ـ بعد تسليم دلالتهما على تعيين معنى المثل المطلق، وترجيحهما أحد الآراء ـ لا دلالة لهما عليه؛ إذ هي فرع تعليق الحكم بلفظ (المثل) في دليل، وليس بموجود عدا قوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)[3]، وفيه نظر؛ لاحتمال كون المراد بالمثل فيه أصل الاعتداء، لا مثل المعتدى فيه الذي هو ما نحن فيه، فتأمّل»[4].

---

(١) العجم: النوى من التمر والعنب والنبق وغير ذلك. الصحاح: ص ٣٩٥ (عجم).

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٨٢.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٤) رياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٢٤.

إذ قد عرفت أنّ المراد به ذلك، ولو بمعونة ما سمعت من النصّ والفتوى.

ثمّ قال: «هذا، مع أنّه لم يظهر حجّة على أصل اعتبار المثل في المثلي والقيمة في القيمي عدا الإجماع والاعتبار، وليس فيهما ما يرجّح أحد التعريفات، فليرجع في خصوص الأفراد إلى ما أُجمع على كونه مثليّاً أو قيميّاً».

«ولا إشكال فيما ظهر فيه، ويشكل الأمر فيما عداه. وينبغي الاحتياط في مثله بالرجوع إلى الصلح والتراضي إن أمكن، وإلّا فلا يبعد ترجيح مختار الأكثر؛ لرجحانه بالشهرة، ولولاها لكان العمل بالتخيير بين الآراء متّجهاً، كما هو الحال في ترجيح الأقوال المختلفة التي لا مرجّح لأحدها على الآخر من الأدلّة».

ج ٣٧ / ٩٢

«وربّما يرجّح مختار الأكثر على أكثر ما عداه أيضاً؛ بسلامته عن النقض الذي يورد عليه من شموله للثوب؛ لأنّ قيمة أجزائه متساوية مع أنّه قيمي، وذلك فإنّه يمكن أن يقال: إنّ الثوب ليس بمتساوي الأجزاء، فإنّ ذراعاً منه قد يسوى عثمانيّاً والآخر شاهيّات، بل ربّما لا يكون له قيمة أصلاً»[1].

بل من التأمّل فيما ذكرنا يظهر لك أنّه من غرائب الكلام.

على أنّه يمكن أن يقال بل قيل: «إنّ الظاهر من الآية رخصة المالك

---

(١) المصدر السابق: ص ٢٤ ـ ٢٥.

بأخذ المثل بالمماثلة العامّة إرفاقاً بالمالك، فلا يجوز للغاصب التجاوز عنه مع تقاضيه ذلك، لا أنّه لا يجوز للمالك مطالبة الغاصب بالقيمة، فإنّ الظاهر أنّ التالف في حكم المثمن والعوض في حكم الثمن، والتخيير بيد البائع في التعيين، فيجوز للمالك مطالبته بالقيمة ولا يرضى إلّا بذلك في عوض ماله. ولا يمكن التمسّك بأصالة براءة الغاصب عن لزوم القيمة؛ لاستصحاب شغل الذمّة، الموقوف براءتها بأداء حقّ المالك وإرضائه؛ لكونه مطلوباً»[1].

بل ربّما يقال: إنّ النقدين هما الأصل في الأعواض في الغرامات وغيرها، كما يشعر به بعض النصوص[2] التي تقدّمت في كتاب الزكاة[3] على ما يخطر في البال، ولعلّه إليه نظر الإسكافي في إطلاقه ضمان القيمة وتعليق المثل على التراضي[4].

وعلى كلّ حال، فقد ظهر لك من جميع ما ذكرنا: أنّ المثلي المصطلح هو الذي يمكن لعقلاء العرف الحكم بمثلٍ له مساوٍ فيما له مدخليّة في ماليّته في غالب صنفه، وما ليس كذلك فهو قيمي ولو لأنّ المغصوب مثلي معيب ولم يكن في غالب صنفه معيب كذلك.

↑ ج ٣٧ / ٩٣

فيكون الحاصل: أنّ المراد بالمثلي في كلامهم هو الذي له مثل

---

(١) جامع الشتات: ج ٢ ص ٣٠١ ـ ٣٠٢.

(٢) وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب زكاة الذهب والفضّة ح ٧ ج ٩ ص ١٣٩.

(٣) في ج ١٥ ص ٣٤٦...

(٤) تقدّم نقل قوله في ص ١٢٧.

بمعنى أنّه مساوٍ له في جميع ما له مدخليّة في ماليّته من صفاته الذاتيّة لا العرضيّة ـ كالمكان والزمان ـ على وجهٍ يكون غالباً في صنفه، وما عداه قيمي، فتأمّل فإنّه جيّد.

وأمّا وجه تعيين الغرامة به مع فرض تحقّقه فللإجماع والاعتبار وغيرهما، والله العالم.

﴿فإن تعذّر المثل﴾ المزبور بعد أن كان موجوداً حين تلف المغصوب كما في التذكرة[١] والمسالك[٢] وغيرهما[٣] ﴿ضمن قيمته﴾ أي المثل، بلا خلاف أجده فيه، بل قيل: «إنّه إجماعي»[٤]؛ لنفي الضرر، وقبح التكليف بما لا يطاق، والإضرار بتأخير الحقّ، فتعيّنت القيمة المزبورة جمعاً بين الحقّين.

لكن قد يناقش ـ إن لم يكن إجماعاً ـ: بأنّ ذلك لا يقتضي وجوب القبول على المالك لو دفع الغاصب، فإنّ له التأخير إلى حال التمكّن من المثل.

اللّهمّ إلّا أن يكون ذلك ضرراً على من عليه الحقّ ولو باعتبار بقاء ذمّته مشغولة؛ بناءً على أنّ مثله ضرر منفيّ أيضاً، وفيه تأمّل.

أو يقال: إنّه مقتضى قوله عليه السلام: «المغصوب مردود»[٥] بناءً على

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الواجب ج ٢ ص ٣٨٣ (الطبعة الحجرية).

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٨٣.

(٣) ككفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٠.

(٤) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٤٣.

(٥) تقدّم في ص ٨ بعنوان «الغصب كلّه مردود».

إرادة ما يشمل ردّ المثل أو القيمة من الردّ فيه ، فيكون ذلك تكليفاً للغاصب ، فيجب القبول على من له الحقّ مع دفع الحقّ ، هذا .

وقد يظهر من بعض عبارات التذكرة[1] والإيضاح[2] عدم وجوب القبول عليه ، وأنّ له التأخير إلى وجدان المثل فيملك المطالبة ، وحينئذٍ يرتفع الإشكال من أصله .

↑ ج ٣٧ / ٩٤

وعلى كلّ حال ، فالمراد قيمته ﴿يوم الإقباض﴾ أي حينه ﴿لا يوم الإعواز﴾ ولا أقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف ، ولا أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز ، ولا أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت الإعواز ، ولا أقصاها من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة ، ولا أقصاها من وقت انقطاعه وإعوازه إلى وقت المطالبة ، ولا أقصاها من وقت تلف المغصوب إلى وقت المطالبة ، ولا قيمته يوم التلف ، ولا قيمته يوم المطالبة ، ولا أنّه إن كان منقطعاً في جميع البلاد فالاعتبار بقيمته يوم الإعواز وإن كان في تلك البقعة فالاعتبار بقيمته يوم الحكم بالقيمة .

بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا[3] ، وإنّما بعضها وجوه وبعضها أقوال للعامّة[4] .

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الواجب ج ٢ ص ٣٨٣ (الطبعة الحجرية).

(٢) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٧٥.

(٣) كما في مفتاح الكرامة ـ مستثنياً ما في الإيضاح الآتي ـ : الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٤٤.

(٤) تأتي الإشارة إليها في ص ١٤٣.

نعم، في الإيضاح: أنّ الأصحّ ضمانه أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة[١]. ولم نعرفه لغيره، بل هو مبنيّ على وجوب ضمان أعلى القيم في المغصوب، وستعرف ضعفه.

كما أنّ بعض الوجوه مبنيّة على ضمان المغصوب ـ مع تجدّد تعذّر المثل ـ بقيمته لا قيمة المثل.

وقيل: «إنّهم اختلفوا في باب القرض في وقت وجوب قيمة المثل في المثلي إذا تعذّر على أقوال؛ فبعض على أنّها تجب قيمته يوم المطالبة، وبعض وقت القرض، وبعض وقت التعذّر، ولا فرق ظاهر بين المقامين، بل عن ابن إدريس التصريح بأنّ الحكم فيهما سواء»[٢].

وفيه: منع تحقّق خلاف معتدّ به، وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه؛ ضرورة كونه ـ بعد ثبوت المثل في الذمّة في القرض والغصب ـ يستصحب بقاؤه إلى حين أدائه. وتجدّد تعذّره لا يرفع الحكم الوضعي الذي هو ملكيّة المثل عليه؛ ولذا يجب عليه أداؤه مع فرض تجدّد التمكّن منه.

↑ ج ٣٧ / ٩٥

فهو إلى حين الإقباض ليس له في ذمّته إلّا المثل، الذي تؤدّى القيمة بدلاً عنه بطلب من المالك أو اختيار من الغاصب على الوجهين السابقين، فتبرأ الذمّة حينئذٍ على وجهٍ لو تمكّن من المثل بعد ذلك لم يجب عليه دفعه بلا خلاف أجده فيه بيننا.

---

(١) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٧٥.

(٢) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٤٤ ـ ١٤٥.

وبذلك يفرّق بينه وبين ما يؤدّى للحيلولة بين المالك وملكه ، فإنّ المقام شبه أداء الدين بغير جنسه مع التراضي أو قلنا بأنّ ولاية ذلك بيد الغاصب ، بخلاف ما يؤدّى للحيلولة ، فإنّه ليس بدلاً عن العين بنفسها ، بل هو بدل عن حيلولتها .

وعلى كلّ حال ، فالغرض : أنّ أداء قيمة المثل عند تعذّر المثل ليس لثبوتها في الذمّة ، بل الثابت في الذمّة المثل ، والقيمة أداء عنه ، فلا نعتبر إلّا قيمته حين القبض .

نعم ، لو قلنا : بالتعذّر تثبت في الذمّة القيمة اتّجه اعتبارها عنده ، لا وقت الإقباض؛ لكونه حينئذٍ كتلف القيمي بناءً على ذلك فيه . لكن لا دليل عليه ، بل مقتضى استصحاب بقاء المثل في ذمّته خلافه ، والإعواز لا يرفع الحكم الوضعي كما ذكرناه .

ومن هنا ـ مضافاً إلى ما ستعرف من عدم ضمان أعلى القيم في المغصوب ـ يظهر لك ضعف الوجوه المزبورة ، بل وغيرها من الوجوه المحتملة في المقام غير العشرة المذكورة في كلام العامّة[1]، هذا .

وفي التذكرة : «والمراد بالفقدان : أن لا يوجد في ذلك البلد وما حواليه»[2]. وزاد في المسالك : «ممّا ينقل منه إليه عادةً ، كما بيّن في انقطاع المسلم فيه»[3]، ونحوه عن الكفاية[4]. ومرجعه إلى ما عن

---

(١) العزيز: ج ٥ ص ٤٢٢... ، روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٠١.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الواجب ج ٢ ص ٣٨٣ (الطبعة الحجرية).

(٣) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٨٣.

(٤) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٠.

جامع المقاصد من «أنّ المرجع فيه إلى العرف»[١].

وفيه: أنّه ليس في شيء من الأدلّة العنوان بذلك حتّى يرجع إليه، بل مقتضى تكليف الغاصب بالأشقّ لزوم تحصيل المثل ولو من البلاد النائية التي لا ينقل منها عادةً إن لم يستلزم التكليف بالمحال.

ج ٣٧ / ٩٦

ولعلّه لذا قال في التحرير[٢] وغيره[٣]: «لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل فالوجه وجوب الشراء».

وفيه: أنّه منافٍ لما دلّ على نفي الضرار[٤] والحرج في الدين[٥]، والخروج عنه في خصوص ردّ العين المغصوبة لا يقتضي الخروج عنه في مثلها، فالمتّجه جعل المدار على ذلك، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فقد ظهر لك ممّا ذكرنا أنّه ﴿لو أعوز فحكم الحاكم بالقيمة﴾ ولم يدفعها المحكوم عليه برضاً من خصمه أو عدمه ﴿فـ﴾ اتّفق أنّها ﴿زادت أو نقصت﴾ بعد الحكم المزبور ﴿لم يلزم ما حكم به الحاكم، وحكم بالقيمة وقت تسليمها﴾ ضرورة عدم اقتضاء الحكم المزبور تعيّنها، وإنّما هو بيان قدر الاستحقاق في ذلك الوقت لو دفع؛ وذلك ﴿لـ﴾ ما عرفت من ﴿أنّ الثابت في الذمّة ليس

(١) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٤٥.

(٢) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٢٩.

(٣) كإيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٧٨، والدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٣، وجامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٦٠.

(٤) تقدّم في ص ١٧.

(٥) سورة الحج: الآية ٧٨.

إلّا المثل﴾ وإنّما تدفع القيمة بدلاً عنه، فيكون المدار حينئذٍ على حين القبض، كما هو واضح بعد الإحاطة بما ذكرناه، هذا.

ولا يخفى عليك اقتضاء التقييد بما سمعت في أصل المسألة أنّه لو لم يكن المثل موجوداً وقت التلف تجب قيمة التالف، بل هو الذي استظهره في جامع المقاصد[1]؛ لصيرورته بفقد المثل قيميّاً حين التلف.

وقد يناقش: بعدم المنافاة بين ثبوته في الذمّة وبين تعذّر أدائه في ذلك الوقت، ودعوى صيرورته قيميّاً واضحة المنع؛ إذ المثلي لا يتعيّن كونه كذلك بتعذّر المثل، وإلّا لزم عدم وجوب دفعه لو تمكّن منه بعد ذلك قبل الأداء لثبوت القيمة حينئذٍ في الذمّة، ولا أظنّ أنّ القائل المزبور يلتزمه؛ لوضوح ضعفه.

ج ٣٧ / ٩٧

فالمتّجه: ثبوت المثل في ذمّته على كلّ حال، وتعذّر أدائه حال التلف لا يقتضي عدم ثبوته في الذمّة، فإنّ عدم التمكّن من وفاء الدين لا يقتضي عدم ثبوته في الذمّة، وحينئذٍ لم يكن للتقييد المزبور فائدة.

ولعلّه لذا تركه المصنّف، بل قيل: «والمبسوط والتحرير والإرشاد والدروس»[2]، بل في الأخير ما هو كالصريح في ذلك، قال: «فإن تلف فعليه ضمان المثل، فإن تعذّر فقيمته يوم الإقباض سواء تراخى بتسليم المثل عن تلف العين أم لا»[3]، والله العالم.

---

(١) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٥٢.

(٢) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٧١.

(٣) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٣.

ولو أتلف الغاصب مثليّاً وظفر به المالك في غير مكان الإتلاف، فعن ابن إدريس: أنّ له إلزامه به في ذلك المكان وإن كان هو أعلى قيمةً من مكان الغصب وكان حمله يحتاج إلى مؤونة، قال: «لأنّه الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلّة وأُصول المذهب»[١]، ووافقه الفاضل[٢] وولده[٣] والشهيد[٤] والكركي[٥]؛ لأنّ وجوب ردّ المظلمة فوري، ولا تراعى مصلحة مَن حقُّه أن يؤخذ بأشقّ الأحوال.

لكن عن المبسوط ما حاصله ـ على طوله ـ: «أنّه إذا اختلفت القيمة فللمالك قيمته في بلد الغصب، أو يصبر حتّى يصل إليه ليستوفي ذلك؛ للضرر المنفي»[٦]. قيل: «وهو المحكي عن القاضي والشافعي»[٧].

ونوقش[٨]: بمنافاته لفوريّة الحقّ، وبأنّ تأخير الأداء وردّ المظلمة ضرر على المالك، والضرر لا يزال بالضرر، بل قيل: «إذا تعارض الضرران فالترجيح لنفي ضرر المالك؛ إذ الضرر المنفي إنّما هو من شرع

(١) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩١.

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٨، تذكرة الفقهاء: الغصب / في الواجب ج ٢ ص ٣٨٣ ـ ٣٨٤ (الطبعة الحجرية).

(٣) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٧٦.

(٤) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٤.

(٥) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٥٦.

(٦) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٦.

(٧) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٧٦.

(٨) المصدر السابق: ص ١٧٦ ـ ١٧٧.

الحكم، والغاصب هنا أدخله على نفسه»[١].

مضافاً: إلى أنّه يؤخذ بأشقّ الأحوال، وإلى إطلاق ما دلّ على وجوب ردّ المظلمة[٢]، وعلى تسلّط المظلوم على استيفائها متى تمكّن منها[٣]، والفرض أنّ الثابت في ذمّته المثل، ودعوى اعتبار المكان في مثليّته واضحة المنع لغةً وشرعاً وعرفاً.

↑ ج ٣٧ / ٩٨

نعم، يتّجه بناءً على ذلك أنّه ليس للمالك الامتناع لو بذله الظالم في غير بلد الظلم وإن اقتضى ضرراً على المالك لقلّة القيمة مثلاً، وإن تردّد فيه في جامع المقاصد ولم يرجّح[٤].

بل قد ينقدح من ذلك: أنّ على الغاصب ضمان المثل وإن خرج بالزمان أو المكان عن التقويم، كما لو أتلف عليه ماءً في مفازة ثمّ اجتمعا على نهر، أو أتلف عليه جمداً في الصيف ثمّ اجتمعا في الشتاء، وإن ذكر فيه في القواعد احتمالين ـ ثانيهما: أنّ عليه قيمة المثل في تلك المفازة أو الصيف ـ من دون ترجيح[٥]، بل في الدروس: قوّة الاحتمال الثاني[٦]، بل لعلّه خيرة الفخر[٧]، بل هو خيرة الفاضل في التذكرة[٨]، بل

(١) الهامش قبل السابق: ص ١٧٧.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٧٨ من أبواب جهاد النفس ج ١٦ ص ٥٢.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٤٧ من كتاب الأيمان ح ١ ج ٢٣ ص ٢٨٥.

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٥٨.

(٥) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٨.

(٦) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٣.

(٧) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٧٧.

(٨) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الواجب ج ٢ ص ٣٨٤ (الطبعة الحجرية).

في جامع المقاصد: نسبته إلى اختيار الأصحاب وغيره[١] وأنّه لا محيد عنه[٢]، وإن كنّا لم نعثر على من تعرّض له بالخصوص غير من عرفت.

لكن قد عرفت أنّ الثابت في ذمّته المثل، كما هو مقتضى إطلاق الفتاوى ومعقد الإجماع، والمكان والزمان لا مدخليّة له[٣] في حقيقة المثليّة، وقاعدة الضرار مشتركة بينه وبين المالك، وأخذه بأشقّ الأحوال إنّما هو في ردّ العين المغصوبة لا المثل؛ ولذا صرّح في جامع المقاصد ـ بل لعلّه ظاهر غيره[٤] أيضاً ـ بعدم ضمانه غير المثل لو بقي له قيمة في الجملة في غير المكان المزبور، وإنّما ذاك حيث لا يكون له قيمة[٥].

↑ ج ٣٧ / ٩٩

على أنّ المتّجه بناءً على ذلك ضمانه المثل في أقرب الأماكن والأزمنة إلى النهر والشتاء، لا قيمته في ذلك المكان والزمان.

ودعوى[٦]: أنّه لمّا كان مثله في الشطّ لا قيمة له، فالعدول إلى قيمة مثله الآخر غير معقول، فتعيّن الرجوع إلى قيمة عين المغصوب في مكانه أو زمانه.

خالية عن الدليل، بل ظاهر الدليل خلافها؛ ضرورة اشتغال الذمّة

---

(١) في المصدر: وغيرهم.

(٢) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٥٧ ـ ٢٥٨.

(٣) الأولى التعبير بـ«لهما».

(٤) كتذكرة الفقهاء: الغصب / في الواجب ج ٢ ص ٣٨٤ (الطبعة الحجرية).

(٥) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٥٨.

(٦) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٧٨.

بالمثل حال التلف وإن اختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة في القيمة، ولا دليل على عود اشتغال الذمّة بالقيمة، بل مقتضى الأصل خلافه، والله العالم.

هذا كلّه في المثلي.

﴿وإن لم يكن﴾ المغصوب المتلف ﴿مثليّاً﴾ بل كان قيميّاً كالحيوان ونحوه ممّا لم يكن لعقلاء العرف طريق للحكم بالمساواة فيما له مدخليّة في ماليّته من صفاته الذاتيّة في الصنف ﴿ضمن قيمته﴾ بلا خلاف معتدّ به[1] في ذلك هنا. نعم، تقدّم للمصنّف في كتاب القرض[2] ضمان القيمي بمثله، وقد سمعت الكلام فيه هناك.

كما أنّك سمعت[3] الكلام في المحكي عن ابن الجنيد المحتمل لإرادة ما لا ينافي المشهور منه، وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه؛ لظهور صحيح أبي ولّاد[4] وغيره[5] ممّا دلّ على ضمان الحيوان ـ عبدٍ أو غيره ـ في كون اللازم القيمة، ومنه نصوص عتق الشريك[6] المقتضي للسراية المأمور فيها بالتقويم، فليس للمتلف دفع المثل العرفي إلّا مع رضا المالك، كما أنّه ليس للمالك اقتراحه عليه.

---

(١) كما في مفتاح الكرامة: (الهامش السابق: ص ١٤٧).

(٢) في ج ٢٦ ص ٤٠ ...

(٣) في ص ١٢٧ و١٣٩.

(٤) يأتي مقطعان منه في ص ١٥١ و١٥٢.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ١٢ من أبواب موجبات الضمان ج ٢٩ ص ٢٤٥.

(٦) وسائل الشيعة: انظر باب ١٨ من كتاب العتق ج ٢٣ ص ٣٦.

↑
ج ٣٧
١٠٠

وما في بعض أخبار العامّة عن عائشة قالت: «صنعت حفصة[١] طعاماً فبعثت به إلى رسول الله صلى الله عليه وآله، فأخذني الأفكل[٢] فكسرت الإناء، فقلت: يا رسول الله، ما كفّارة ما صنعت؟ فقال: إناء مثل الإناء وطعام مثل الطعام»[٣]. وعن أنس: «إنّ امرأةً كسرت قصعة أُخرى، فدفع النبيّ صلى الله عليه وآله قصعة الكاسرة إلى صاحبة المكسورة، وحبس المكسورة في بيته»[٤].

ليس حجّة عندنا، مع إمكان حمل الأخير منهما على علم النبيّ صلى الله عليه وآله بحصول الرضا منهما بذلك، بل وإمكان حمله والأوّل على تحقّق المثليّة فيهما... وغير ذلك.

نعم، للأصحاب خلاف في تعيين القيمة: فعن المقنعة[٥] والمراسم[٦] وموضع من المبسوط[٧] والنهاية[٨] وفي النافع[٩] وكشف الرموز[١٠]: أنّها

---

(١) في سنن أبي داود: صفيّة.

(٢) الأفكَل: الرعدة من خوف أو من برد. النهاية (لابن الأثير): ج ٣ ص ٤٦٦ (فكل).

(٣) سنن أبي داود: ح ٣٥٦٨ ج ٣ ص ٢٩٧ ـ ٢٩٨، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٣٧٥، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٣٠.

(٤) سنن البيهقي: ج ٦ ص ٩٦. وانظر «المغني» و«الشرح الكبير» في الهامش السابق.

(٥) المقنعة: التجارة / باب إجازة البيع ص ٦٠٧.

(٦) المراسم: ذكر البيوع ص ١٧٢ (ذكره في مورد المقبوض بالبيع الفاسد).

(٧) نقله في مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٨٥. وانظر المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٠.

(٨) النهاية: المتاجر / بيع الغرر ج ٢ ص ١٧٨ ـ ١٧٩.

(٩) المختصر النافع: كتاب الغصب ص ٢٤٨.

(١٠) كشف الرموز: كتاب الغصب ج ٢ ص ٣٨٢ (مختاره غير واضح).

﴿يوم غصبه، و﴾ كأنّه مال إليه في الإرشاد[١]، بل في التحرير[٢]: ﴿هو اختيار الأكثر﴾ لأنّه أوّل وقت دخول العين في ضمان الغاصب، والضمان إنّما هو لقيمته، فيضمن بالغصب حالة ابتدائه.

وفيه: أنّ الحكم بضمان العين بمعنى أنّه لو تلفت وجب القيمة بدلها، لا وجوب قيمتها حينئذٍ، فإنّ الواجبَ ما دامت العين باقية ردُّها، ولا ينتقل إلى القيمة إلّا مع التلف، فلا يلزم من الحكم بضمانها على هذا الوجه اعتبار ذلك الوقت.

نعم، قد يستدلّ له بما في صحيح أبي ولّاد ـ المتضمّن غصب البغل بمخالفته لما وقع بينه وبين صاحبه ـ: «... أرأيت لو عطب البغل أو أنفق أليس كان يلزمني؟ فقال الصادق عليه السلام: نعم قيمة بغل يوم خالفته...»[٣].

ج ٣٧ / ١٠١

وفيه: احتمال تعلّق الظرف بالفعل المدلول عليه بقول: «نعم»، فيكون المراد: يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل لو عطب، بمعنى أنّها تتعلّق بك ذلك اليوم، وحينئذٍ فحدّ القيمة غير مبيّن فيه، فلا ينافي ما دلّ على القيمة يوم التلف الذي ستعرف أنّه الأصحّ.

ودعوى أنّ الأوّل أظهر ممنوعة، بل قيل: «إنّ ما ذكرناه أظهر؛

---

(١) إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٦ (الميل غير واضح).

(٢) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٢٩ ـ ٥٣٠.

(٣) الكافي: المعيشة / باب الرجل يكتري الدابّة ح ٦ ج ٥ ص ٢٩٠، تهذيب الأحكام: التجارات / باب ٢٠ الإجارات ح ٢٥ ج ٧ ص ٢١٥، وسائل الشيعة: باب ٧ من كتاب الغصب ح ١ ج ٢٥ ص ٣٩٠.

بشهادة قوله فيه بعد ذلك: (فإن أصاب البغل كسر أو دَبَر[1] أو عَقْر[2]؟ قال عليه السلام: عليك قيمته ما بين وقت الصحّة والعيب يوم تردّه عليه. قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت وهو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، وإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا فيلزمك...) الحديث، الظاهر في اعتبار القيمة يوم الردّ لا الغصب»[3].

وإن كان فيه أوّلاً: أنّ الموجود فيما حضرني من نسخة التهذيب الصحيحة المحشّاة: «تردّه عليه» من دون لفظ «يوم»، ومعناه: أنّك تردّ الأرش عليه مع البغل.

وثانياً: أنّه على التقدير المزبور كما يخالف يوم الغصب يخالف يوم التلف؛ ضرورة كونه غير يوم الردّ، فلا يوافق المختار، بل ولا شيئاً من الأقوال.

بل إن جعلت الظرف فيه متعلّقاً بقوله: «عليك» كان منافياً أيضاً؛ لما عرفت من أنّ الضمان المعلّق ثابت بالمخالفة، والمحقَّق حال حصول العيب.

فالمتّجه أن يراد منه: أنّ عليك ردّ الأرش حين تردّ البغل، لا أنّ

(١ و٢) الدَّبَر: قرحة الدابّة. والعَقْر: الجرح وأثر كالحزّ في قوائم الفرس والإبل. القاموس المحيط: ج ٢ ص ٣٩ (دبر) وص ١٣٢ (عقر).

(٣) رياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٢٧ ـ ٢٨ (بتصرّف)، مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٤٩.

الأرش يتعلّق وجوبه بك يوم ردّ البغل لا يوم حصول العيب، فيوافق حينئذٍ المراد من النسخة الساقط فيها لفظ «اليوم».

ولقد أطنب بعض الفضلاء في بيان المعنى المزبور[1]؛ لعدم وقوفه على النسخة التي ذكرناها، وحينئذٍ لا يكون منافياً للمختار ولا مؤيّداً له.

↑ ج ٣٧ / ١٠٢

نعم، ربّما قيل: إنّه ظاهر فيه؛ باعتبار أنّ سؤال الراوي عن الضمان بسبب التلف لا بسبب المخالفة، فمطابقة الجواب للسؤال يقتضي[2] أن يكون المراد منه: نعم يلزمك يوم خالفته هذا الحكم؛ يعني يصير حكمك في هذا اليوم لزوم قيمة البغل إن هلك، والمتبادر منه ـ بعد معلوميّة أنّه ليس المراد قيمته ميّتاً ـ هو أقرب زمان حياته إلى الموت، وهو قبيل التلف، وهذا معنى قيمته يوم التلف.

بل لعلّ تنكير «بغل» يومئ إلى ذلك أيضاً؛ إذ هو إشارة إلى أنّه يفرض الميّت حيّاً، وإلّا فلا ريب أنّه لا يكفي قيمة أيّ بغل يكون، وهو مناسب لكون الظرف لغواً متعلّقاً بـ«يلزمك»، وإلّا فلا يناسب التنكير؛ إذ البغل يوم المخالفة حيّ بالفرض والاستصحاب، فالأولى تعريفه.

ثمّ إنّ الظاهر بناء قوله عليه السلام: «حين اكتري» على غلبة عدم التفاوت في هذه المدّة القليلة، وعلى الاستصحاب، وإلّا فلم يقل أحد باعتبار

---

(١) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٣.

(٢) الأولى التعبير بـ«تقتضي».

القيمة حين الكري[١]، كما هو واضح .

وكيف كان ، فلا دلالة في الصحيح المزبور على القول المذكور ، ولعلّه لذا ترك أصحاب القول المزبور الاستدلال به واقتصروا على الوجه الذي قد عرفت ضعفه ، ومن الغريب نسبة المصنّف والفاضل في التحرير إيّاه إلى الأكثر[٢] مع أنّه لم نعرفه لغير من عرفت ، والله العالم .

﴿وقال في المبسوط[٣]﴾ ومحكيّ النهاية[٤] في موضع منهما ﴿والخلاف[٥]﴾ والوسيلة[٦] والغنية[٧] والسرائر[٨] والإيضاح[٩] واللمعة[١٠] والمقتصر[١١] والتبصرة[١٢] ـ على إشكال ـ وكذا شرح الإرشاد

---

(١) الأولى التعبير بدلها بـ «الاكتراء».

(٢) تقدّم ذلك في ص ١٥١ .

(٣) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٢ .

(٤) للنهاية عدّة تعبيرات، إحداها: ما تقدّم من قيمته يوم الغصب، والثانية: قيمته يوم التعدّي، والثالثة: قيمته يوم التلف، انظر النهاية: المتاجر / باب الإجارات ج ٢ ص ٢٨٠ ـ ٢٨١، والديات / الجنايات على الحيوان ج ٣ ص ٤٦٥ ـ ٤٦٦. ونقل المطلب ـ المنقول عنها في المتن ـ في المهذّب البارع: الغصب / الأمر الثاني ج ٤ ص ٢٥٢.

(٥) الخلاف: الغصب / مسألة ٢٩ ج ٣ ص ٤١٥.

(٦) الوسيلة: بيان الغصب ص ٢٧٦.

(٧) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٧٩.

(٨) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨١.

(٩) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٧٣.

(١٠) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الغصب ص ٢٣٥.

(١١) المقتصر: كتاب الغصب ص ٣٤٢ ـ ٣٤٣.

(١٢) تبصرة المتعلّمين: الإجارة / في الغصب ص ١٠٨.

للفخر[١] على ما حكي عن بعضها: إنّه ﴿يضمن أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف﴾ بل في المختلف: أنّه أشهر[٢]، بل عن بيعه: نسبته إلى علمائنا[٣]، وفي المتن: ﴿وهو حسن﴾ وكأنّه قال به أو مال إليه في الكفاية[٤]، وكذا المسالك، بل فيها: «أنّ في خبر أبي ولّاد ما يدلّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين»[٥]، وقوّاه في الروضة أيضاً لمكان هذا الخبر الصحيح، مع أنّه ذكر الاستدلال به للقول السابق[٦].

↑ ج ٣٧ / ١٠٣

ولكن لا يخفى عليك ـ بعد الإحاطة بما ذكرناه ـ عدم إشعار في الصحيح المزبور فضلاً عن الدلالة.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّه بناءً على تعلّق الظرف بالفعل المستفاد من قول: «نعم» يكون المراد: أنّ ابتداء الضمان من ذلك اليوم إلى يوم التلف، فيضمن الأعلى منه حينئذٍ، بل إن جعل متعلّقاً بالقيمة يكون المراد منه ذلك أيضاً؛ لعدم معقوليّة ضمان القيمة مع وجود العين، فيكون الحاصل: أنّه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفة.

إلّا أنّ ذلك كلّه ـ كما ترى ـ تجشّم وخلط بين الضمان التقديري

---

(١) شرح الإرشاد: الغصب / في الأحكام ذيل قول المصنّف: «والأعلى من حين الغصب» ورقة ٦٦ (مخطوط).

(٢) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١١٦.

(٣) مختلف الشيعة: المتاجر / عقد البيع ج ٥ ص ٥٦.

(٤) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤١.

(٥) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٨٦ و١٨٧.

(٦) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٤٢ ـ ٤٤.

المتحقّق بالمخالفة والضمان التحقيقي الحاصل يوم التلف، كما هو واضح.

نعم، قد استدلّ[١] له: بأنّه مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حالة أعلى القيم، ولو تلف فيها لزمه ضمانه فكذا بعده، وأنّه يناسب التغليظ على الغاصب الذي يؤخذ بأشقّ الأحوال.

وفيه: أنّ الزيادة للسوق ما دامت العين باقية غير مضمونة إجماعاً، ولا يلزم من ضمانها لو تلفت في تلك الحال ضمانها مع عدم تلفها فيها؛ لأنّ ضمانها على تقدير تلفها في الحالة العليا ما جاء من قبل الزيادة، بل من حيث الانتقال من ضمان العين إلى القيمة لفوات العين، وهو منتفٍ على تقدير عدم تلفها في تلك الحالة العليا. وأخذه بأشقّ الأحوال إنّما هو بالنسبة إلى ردّ العين نفسها لا مطلقاً؛ لعدم الدليل، بل الأُصول تقضي بخلافه.

وأضعف من ذلك ما عن المصنّف في أحد قوليه من أنّه يضمن الأعلى من حين الغصب إلى حين ردّ القيمة[٢]؛ إذ هو كما قيل: «مبنيّ على أنّ القيمي يضمن بمثله كالمثلي، وإنّما ينتقل إلى القيمة عند دفعها لتعذّر المثل، فيجب أعلى القيم إلى حين دفع القيمة؛ لأنّ الزائد في كلّ

↑ ج ٣٧ / ١٠٤

---

(١) ذكر الدليل الأوّل في المقتصر: كتاب الغصب ص ٣٤٢ ـ ٣٤٣، والثاني في إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٧٣.

(٢) نقله عنه في الروضة البهيّة: (الهامش قبل السابق: ص ٤٠).

آنٍ سابقٍ على الدفع من حين التلف مضمون تحت يده، ولهذا لو دفع العين حالة الزيادة كانت للمالك، فإذا تلفت في يده ضمنها»[١].

ولعلّه إليه أشار المصنّف بقوله: ﴿ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك على تردّد﴾ إذ منشأ التردّد في ذلك: كون الواجب في القيمي المثل أو القيمة، وإلّا فلا إشكال في عدم اعتبار زيادة القيمة ونقصانها بعد يوم التلف على جميع الأقوال عدا القول المزبور.

وهو ـ كما ترى مع ضعف المبنى ـ عليه ينبغي تقييده بما إذا تعذّر المثل، وحينئذٍ يتّجه ضمان المثل يوم الإقباض كما عرفته في المثلي. على أنّه لا يتمّ بالنسبة إلى ضمان العليا حال وجود العين.

ولعلّه لذا قيل: «إنّ وجه القول قاعدة الضرر؛ وذلك لأنّ عدم تمكينه منها حين ارتفاع القيمة ضرر عليه وتفويت لتلك المنفعة العليا»[٢]. ومن هنا كان هو خيرة العلّامة الأكبر الآغا محمّد باقر البهبهاني فيما حكي عنه[٣].

إلّا أنّك قد عرفت فيما تقدّم اقتضاء القاعدة المزبورة ضمان الأعلى مع فواته وإن ردّ العين نفسها، وهو مخالف للإجماع بقسميه، بل قد

---

(١) الروضة البهيّة: (المصدر السابق: ص ٤٠ ـ ٤١)، مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٥١.

(٢) رياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٣٠.

(٣) حاشية مجمع الفائدة والبرهان: أحكام الغصب ص ٦٢٤.

عرفت عدم الضمان فيما لو منعه من بيع ماله بقيمة عالية، كما تقدّم الكلام في ذلك كلّه مفصّلاً.

وبذلك كلّه يظهر لك: أنّ الأقوى وجوب القيمة حين التلف، وفاقاً للفاضل في جملة من كتبه[١] والشهيد[٢] والسيوري[٣] والكركي[٤] والأردبيلي[٥]، بل هو المحكي عن القاضي[٦]، بل في الدروس[٧] وكذا الروضة[٨]: نسبته إلى الأكثر؛ وذلك لأنّه وقت الانتقال إلى القيمة، وإلّا فقبله مكلّف بردّ العين من غير ضمان للنقص السوقي إجماعاً.

ج ٣٧ / ١٠٥

واحتمال[٩]: منع الانتقال إلى القيمة حين التلف ـ وإن كان هو وقت الانتقال إلّا أنّه ينتقل إلى الأعلى حينه ـ يدفعه: عدم الدليل.

ودعوى[١٠]: أنّه قاعدة الاشتغال ـ باعتبار اقتضاء التلف الانتقال إلى القيمة، والفرض أنّها ذات أفراد، فتتوقّف البراءة على دفع أعلاها ـ

---

(١) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١١٦، تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٠.

(٢) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٣.

(٣) التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الثاني ج ٤ ص ٧٠.

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٤٦.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٢٨ و٥٢٩.

(٦) المهذّب: كتاب حظر الغصب ج ١ ص ٤٣٦ ـ ٤٣٧.

(٧) تقدّم المصدر آنفاً.

(٨) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٤١.

(٩) كما في رياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٢٩ ـ ٣٠، ومفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٥٢.

(١٠) كما في رياض المسائل: (انظره في الهامش السابق: ص ٣١).

يدفعها: ما تحقّق في الأُصول من أنّ مثله يجري فيه أصل البراءة؛ ضرورة رجوعه إلى الشكّ في التكليف بين الأقلّ والأكثر.

واحتمال: الإجمال في التأدية ـ المجعول غايةً لضمان ما في اليد ـ واضح الفساد؛ ضرورة صدق التأدية على الأقلّ، وإنّما الشكّ في التكليف في متعلّق التأدية أنّه قيمة يوم التلف أو الأعلى، والأصل براءة الذمّة من الثاني.

واحتمال: ترجيحه بمناسبته لأخذ الغاصب بالأشقّ ـ مع أنّه لا دليل على اعتبار مثل هذا الظنّ الحاصل من مثله ـ ليس بأولى من ترجيح الأوّل بانسياق بدليّة قيمة يوم التلف عن العين التي لو ردّها في ذلك اليوم لبرئ؛ إذ هو معنى البدليّة لا القيمة السابقة.

ودعوى: أنّ القيمة بدل شرعي ـ والفرض عدم العلم من الشارع أنّ البدل قيمة يوم التلف أو العليا ـ يدفعها: الانسياق المزبور من كلّ ما دلّ على الضمان.

وبه يدفع ما عساه يقال: من معارضة أصل البراءة ـ الذي قدّمناه ـ بأصالة عدم وصول الحقّ إلى مستحقّه، وعدم براءة الظالم من ظلامته.

بل وبه يندفع ما يقال أيضاً: من أنّ أصل البراءة لا يشخّص قيمة يوم التلف؛ إذ لعلّه يوافق قيمة يوم الغصب إذا فرض كونها أقلّ.

اللّهمّ إلّا أن يمنع الانسياق المزبور على وجهٍ يكون دليلاً شرعيّاً، فيشكل الحال حينئذٍ. ↑ ج ٣٧ / ١٠٦

ولعلّه لذا كان المعروف بين الأصحاب ضمان الأعلى، بل لم يذكر

بعضهم[١] قيمة يوم التلف قولاً بل ولا وجهاً، بل لم نتحقّقه ممّن تقدّم على الفاضل وإن حكي عن القاضي[٢] بل سمعت نسبته في الدروس إلى الأكثر.

ولكن لا ريب في أنّ الاحتياط لا ينبغي تركه، بل الظاهر أنّه لابدّ من ملاحظة أعلى القيم في التقويم يوم التلف؛ على معنى: إلزام الغاصب بقيمة العين المعتورة عليها أوقات في يده قد اختلفت قيمتها فيها مع فرض مدخليّة ذلك في القيمة، هذا.

ولا يخفى عليك أنّ محلّ الخلاف ـ كما صرّح به غير واحد[٣] ـ ما إذا كان نقصان القيمة مستنداً إلى السوق، أمّا إذا استند إلى حدوث نقص في العين ثمّ تلفت فإنّ الأعلى مضمون إجماعاً كما في المسالك[٤] والروضة[٥]، ولو على معنى ضمان أرش النقصان وقيمة العين حال التلف، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فقد عرفت ممّا ذكرناه في تحقيق المثلي أنّ ﴿الذهب والفضّة﴾ مضروبين أو غير مضروبين إذا لم يكن فيهما صنعة

---

(١) كالعلّامة في القواعد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٦.

(٢) تقدّم المصدر آنفاً.

(٣) كالعلّامة في المختلف: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١١٦، والشهيد في غاية المراد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٠، والكركي في جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٤٧.

(٤) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٨٧.

(٥) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٤٤.

محلّلة ﴿يضمنان بمثلهما﴾ كما صرّح به غير واحد[١]، بل في المسالك: نسبته إلى المشهور[٢]؛ ضرورة إمكان الحكم بالمساواة في الصنف على الوجه الذي ذكرناه.

ودعوى[٣]: أنّ الصحاح من الدراهم والدنانير مختلفة في الوزن والاستدارة والاعوجاج ووضوح السكّة وخفائها على وجهٍ يؤثّر في القيمة.

يدفعها: ـ بعد تسليمها ـ ما عرفت من أنّ المدار على المساواة في الصنف، والفرض حصوله، فلا يقدح اختلاف البعض.

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿قال الشيخ[٤][٥]:﴾ هما قيميّان، فـ﴿يضمنان بنقد البلد، كما لو أتلف ما لا مثل له﴾ وفي المسالك: «ولعلّه نظر إلى الاختلاف، فإنّه لا يجري عليه تعريف المثلي بأنّه ما تساوى أجزاؤه؛ لأنّه اختار في المبسوط هذا التعريف من غير أن يعتبر تقاربها في الصفات، ولا يدخل فيه بدونه. ولكن لابدّ من مراعاة ذلك في التعريف، وإلّا لم يدخل فيه شيء من المثليّات؛ لاختلاف صفات

↑ ج ٣٧ / ١٠٧

---

(١) كابن إدريس في السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٦، والعلّامة في التحرير: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٠، وولده في الإيضاح: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٧٩.

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٨٨.

(٣) وردت في سياق كلام الشهيد الثاني في تعريف المثلي والقيمي (انظر الهامش السابق: ص ١٨٢).

(٤) في نسخة المسالك بعدها إضافة: رحمه الله.

(٥) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦١.

أصنافها الموجب لاختلاف قيمتها من الحبوب والأدهان وغيرهما»[١].

وفيه: ـ مع إطلاق الشيخ قيمة الذهب والفضّة، لا خصوص الدراهم والدنانير منهما ـ أنّه لا ريب في حصول التساوي في أجزاء أصنافهما على الوجه الذي ذكرناه.

﴿و﴾ على كلّ حال فلا ريب في ضعف القول المزبور، فيضمن بالمثل حينئذٍ.

نعم ﴿لو تعذّر المثل﴾ ضمنه حينئذٍ بالنقد، كما عرفته في كلّ مثلي تعذّر مثله ﴿فإن كان نقد البلد مخالفاً للمضمون في الجنس﴾ بأن كان أحدهما ذهباً والآخر فضّةً ﴿ضمنه بالنقد﴾ وإن اختلفا في الوزن؛ لعدم الربا فيه.

﴿و﴾ كذا ﴿إن كان من جنسه واتّفق المضمون والنقد وزناً صحّ﴾ أيضاً؛ لما عرفت.

﴿وإن كان أحدهما أكثر قوّم بغير جنسه﴾ ويؤخذ قيمته ﴿ليسلم من الربا﴾ فيأخذ كمال حقّه. وردّه ابن إدريس: بمنع ثبوت الربا هنا؛ لأنّه مختصّ بالبيع، فلا يضرّ اختلافهما في الوزن، وكذا لو عاب فردّه مع أرش النقص من جنسه[٢].

وإلى ردّه أشار المصنّف بقوله: ﴿ولا يظنّ[٣] أنّ الربا يختصّ

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٨٩.

(٢) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٦.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: ولا تظنّنّ.

بالبيع، بل هو ثابت في كلّ معاوضة على ربويّين متّفقي الجنس» وزناً، وقد عرفت في كتاب البيع[1] تحقيق الحال في ذلك.

نعم: يمكن أن يمنع كون المقام من المعاوضات، بل هو من الغرامات التي لا تندرج في أدلّة الربا، المراد منها الإرباء الحاصل بفعل المتعاملين. بل لو سلّم تناول أدلّته لمثل ذلك كان بينه وبين ما دلّ على أداء القيمة العموم من وجه، ويمكن الترجيح لما هنا بإطلاق الفتاوى.

ج ٣٧ / ١٠٨

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ المقام من المعاوضة بعد فرض كونه مثليّاً؛ لما عرفت من كون الثابت في الذمّة المثل، والقيمة عوض عنه مع التعذّر، خصوصاً إذا قلنا بتوقّف ذلك على رضا المالك، وإنّما يتّجه ذلك على قول الشيخ بكونه قيميّاً.

مع إمكان منع كونه معاوضة مصطلحة على التقدير المزبور؛ حتّى مع اعتبار رضا المالك الذي لا ينافي كونه غرامة برضاه، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

«ولو كان في المغصوب صنعة» محلّلة «لها قيمة غالباً، كان على الغاصب مثل الأصل وقيمة الصنعة وإن زاد» بذلك «عن الأصل، ربويّاً كان أو غير ربويّ؛ لأنّ للصنعة قيمة تظهر لو أُزيلت عدواناً ولو من غير غصب» فلا يكون من الربا الذي هو الزيادة في أحد العوضين. كما صرّح بذلك كلّه في محكيّ المبسوط[2]

---

(١) في ج ٢٤ ص ٦٣٣.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦١.

والسرائر[١] والتحرير[٢] والإرشاد[٣] وموضع من التذكرة[٤].

لكن أشكله في الدروس : بعموم الربا[٥].

وزاد في المسالك : «أنّه لم يخرج بالصنعة عن أصله ، وإنّما اشتمل على وصف زائد ، وقد صرّحوا في باب الربا بأنّه لا فرق بين المصنوع وغيره في المنع من المعاوضة عليه بزيادة ، وهذا أقوى ، فضمانها بالقيمة أظهر ، مع أنّا نمنع من بقائه مثليّاً بعد الصنعة؛ لأنّ أجزاءه ليست متّفقة القيمة؛ إذ لو انفصلت نقصت قيمتها عنها»[٦].

قلت : قد عرفت البحث في باب الربا[٧] عن الصفات الحاصلة للربوي بالعمل ونحوه ، كما أنّك عرفت هنا قوّة احتمال منع الربا في الغرامات.

↑ ج ٣٧ / ١٠٩

بل ممّا ذكرنا يعلم : الحال في المغصوب ذي الصنعة إذا كان من النقدين وكان نقد البلد ـ الذي هو قيمة له ـ موافقاً له في الحسّ[٨] ومختلفاً معه في الوزن ، فإنّ كونه قيميّاً لا يدفع احتمال الربا عنه ، بل

---

(١) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٧ (المتن والهامش).

(٢) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٠ ـ ٥٣١.

(٣) إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الواجب ج ٢ ص ٣٨٤ (الطبعة الحجرية).

(٥) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٦.

(٦) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٩١.

(٧) في ج ٢٤ ص ٧٣٢.

(٨) في بعض النسخ بدلها: الجنس.

لابدّ من تقويمه بغير الجنس حينئذٍ، إلّا بناءً على ما ذكرناه من عدم جريان الربا في الغرامات.

وعلى كلّ حال، فقد ظهر لك: أنّ المعروف بين من تعرّض للمسألة كون المفروض مثليّ الأصل قيميّ الصنعة، وعن موضع من التذكرة: أنّه قيميّ[١]، وفي المسالك: «أنّه أظهر؛ للمنع من بقائه مثليّاً بعد الصنعة، لأنّ أجزاءه ليست متّفقة القيمة؛ إذ لو انفصلت نقصت قيمتها متّصلة، كما لا يخفى»[٢].

وفيه: أنّ ذلك ليس ضابطاً للمثلي كما عرفته، بل هو تساوي الأجزاء على حالها بالمعنى الذي ذكرناه سابقاً.

ومنه ينقدح: قوّة احتمال كون المصنوع مثليّاً مع صنعته ـ كما احتمله في الدروس[٣] وإن استبعده في المسالك[٤] ـ بل لعلّ جزمهم به في الدراهم والدنانير يؤيّد ذلك؛ ضرورة اشتراك الجميع في أنّ لعقلاء العرف طريقاً للحكم بالمساواة في الصنف.

هذا كلّه لو تلف المغصوب المصنوع.

أمّا لو تلفت الصنعة فقط فإنّه يضمنها، ولا حجر في كون ضمانها من جنس جوهر الإناء؛ لانتفاء الربا، إذ لا معاوضة بين جنسين لا حقيقيّة

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الواجب ج ٢ ص ٣٨٣ (الطبعة الحجرية).

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٩١.

(٣) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٦.

(٤) المصدر قبل السابق.

ولا حكميّة، كما هو واضح.

وظاهرهم الاتّفاق على كونها حينئذٍ قيميّة، فليس للمالك الإلزام بعودها، كما أنّه ليس عليه قبول ذلك لو بذله الجاني، وفرق واضح بين المقام وبين الإلزام بتسوية الحفر في الأرض الذي هو من قبيل ردّ المغصوب إلى محلّه، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ١١٠

﴿وإن كانت الصنعة محرّمة﴾ كما في آنية الذهب والفضّة والصنم والصليب وغيرها ﴿لم يضمن﴾ها سواء أتلفها خاصّة أو مع ذيها، بلا خلاف أجده فيه[١]، بل في الكفاية: نسبته إلى قطع الأصحاب[٢]؛ لأنّ الغصب لا يصيّر ما لا قيمة له شرعاً ذا قيمة، ولا يجعل ما هو محرّم ـ يجب إتلافه على جميع المكلّفين من غير فرق بين الغاصب وغيره ـ قيميّاً محترماً، هذا.

ولكن في القواعد: «لو أتلف آنية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة إشكال، ينشأ: من مساواة الغاصب غيره وعدمها»[٣]. مع أنّه قال فيها قبل ذلك: «وإذا كسرت آلات الملاهي فلا ضمان، فإن أُحرقت ضمن قيمة الرضاض، وكذا الصليب»[٤]. بل صرّح به غيره[٥]، بل في الكفاية:

---

(١) ينظر المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦١، والسرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٧، وتحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣١، وإيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٧٧.

(٢) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٥.

(٣) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٨.

(٤) المصدر السابق: ص ٢٢٦.

(٥) كالكركي في جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٤٧.

نسبة ذلك كلّه إلى قطع الأصحاب[١].

نعم، للعامّة خلاف في الحدّ المشروع لإبطالها على وجهين، أحدهما: أنّها تكسر حتّى تنتهي إلى حدٍّ لا يمكن اتّخاذ آلة محرّمة منها لا الأُولى ولا غيرها[٢]، وعن الكركي: أنّه ليس ببعيد؛ لأنّه أزجر لمن هي له[٣].

وفيه: أنّه تعدٍّ عن الإذن في التصرّف في مال الغير، ومن هنا كان الأظهر عند العامّة: أنّها لا تكسر الكسر الفاحش، لكنّها تفصل، ولكن في حدّ التفصيل عندهم وجهان، أحدهما: أنّها تفصل مقداراً لا تصلح لاستعمال الحرام، فإذا رفع وجه البربط وترك على شكل قصعةٍ كفى. والثاني: تفصل إلى حدٍّ لو فرض اتّخاذ آلة محرّمة من مفصلها لوصل إلى الصانع التعب[٤].

ولا ريب في أنّ الأظهر منهما الأوّل؛ اقتصاراً في حرمة التصرّف في مال الغير على مقدار الإذن، بل لا يبعد الضمان على من تجاوز الحدّ المزبور، فيضمن حينئذٍ التفاوت بين قيمتها مكسورةً إلى الحدّ المشروع وبين قيمتها منتهيةً إلى الحدّ الذي أتى به.

ج ٣٧ / ١١١

كما أنّه لا خلاف أجده هنا في ضمان قيمة الرضاض، وهو الذي

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢ و٤) العزيز: ج ٥ ص ٤١٤، روضة الطالبين: ج ٤ ص ١٩٩.

(٣) جامع المقاصد: (تقدّم المصدر آنفاً).

يبقى بعد الكسر، بل في الكفاية: نسبته إلى قطع الأصحاب[١]؛ لأنّه مال مملوك محترم.

لكن عن ظاهر جماعة في باب المكاسب: أنّ آلات اللهو لا تعدّ مالاً[٢] وأنّها غير مملوكة؛ للخبر[٣]، والقاعدة، وقولهم بعدم ضمان المُتلِف لها قيمتها، بل قيل: «إنّ الأمر في الصلبان والأصنام واضح، ولا قائل بالفرق»[٤]، وأنّه ربّما جمع[٥] بين كلامهم في المقامين: بإرادة ملك المادّة دون الصورة، وعدم ضمان المادّة لو توقّف إتلاف الصورة عليها، أو لا تملك مطلقاً، ولكنّها غير الرضاض بعد الكسر.

قلت: قد تقدّم ما عندنا في باب المكاسب[٦]، ومنه يعلم الحال في المقام، فلاحظ وتأمّل، وعلى كلّ حال فإشكال الفاضل[٧] في غير محلّه، والله العالم.

﴿ولو كان المغصوب دابّة، فجنى عليها الغاصب أو غيره﴾ بما لا مقدّر فيه في الإنسان ﴿أو عابت من قبل الله سبحانه، ردّها مع أرش النقصان﴾ بلا خلاف أجده فيه[٨]، بل الإجماع بقسميه

---

(١) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٥ (ظاهره ذلك).

(٢) جامع المقاصد: المتاجر / في أقسامها ج ٤ ص ١٥.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب ما يكتسب به ح ١ ج ١٧ ص ٨٣.

(٤) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٥٥.

(٥) المصدر السابق.

(٦) في ج ٢٣ ص ٤٩.

(٧) تقدّم في عبارته المنقولة آنفاً.

(٨) كما في ظاهر كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٥.

عليه[١]، مضافاً إلى عموم الأدلّة وخصوص صحيح أبي ولّاد السابق[٢].

﴿وتتساوى[٣] بهيمة القاضي وغيره في الأرش﴾ عندنا؛ لإطلاق الأدلّة، ولأنّ المدار على تفاوت المال لا مالكه.

خلافاً للمحكي عن مالك وأحمد في إحدى الروايتين: من أنّ في قطع ذنب بهيمة القاضي تمام القيمة؛ لأنّها لا تصلح له بعد ذلك[٤].

↑ ج ٣٧ / ١١٢

وفيه: ما عرفت من أنّ النظر في الضمان إلى نفس المال، لا إلى غرض المالك؛ ولذا كان في وطء الولد جارية الأب بالشبهة مهر المثل كما في وطء الأجنبي، وإن حرمت بالأوّل على الأب، كما هو واضح.

لكن في التذكرة: «لو غصب شيئاً تتفاوت قيمته بالنسبة إلى أربابه، كما لو غصب حُجّة[٥] إنسان بدين أو ملك، فالأقرب ضمان التفاوت بالنسبة إلى ربّه إن غصبه منه، وإن غصبه من غيره لم يضمن بالزيادة، بل بما يساوي قيمته بالنسبة إلى ذلك الغير». وجعل الشأن في الخاتم والنعل بالنسبة إلى كبر الإصبع وغيره كذلك[٦].

---

(١) نقل الإجماع في رياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٣٣.

وينظر المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٢، والسرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٧، والتنقيح الرائع: الغصب / الأمر الثاني ج ٤ ص ٧١، وجامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٣٧.

(٢) في ص ١٥١ و١٥٢.

(٣) في نسخة المسالك: ويتساوى.

(٤) حلية العلماء: ج ٥ ص ٢٢٤، العزيز: ج ٥ ص ٤١٣.

(٥) أي وثيقة.

(٦) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩١ (الطبعة الحجرية).

ولم أجده لغيره، كما أنّه لا وجه له واضح؛ ضرورة عدم ثبوت ماليّة للشيء في نفسه عرفاً بذلك.

بل ظاهر كلام الأصحاب خلافه، بل في الدروس: «أنّ مركوب القاضي كغيره وإن صيّره أبتر، وكذا لو أتلف وثيقةً بمال أو خفّاً لا يصلح إلّا لواحد»[١]، والله العالم.

﴿و﴾ كذا لو كان ذلك فيما له مقدّر في الإنسان منها؛ إذ ﴿لا تقدير في قيمة شيء من أعضاء الدابّة﴾ عند المشهور[٢]، بل لا أجد فيه خلافاً إلّا ممّن ستعرفه ﴿بل﴾ نسبه بعض إلى الندرة[٣]، فـ﴿يرجع﴾ فيه ﴿إلى الأرش السوقي﴾ كغيره من الأموال، من غير فرق بين الفرس والبقرة وغيرهما وبين ما ينتفع بظهرها ولحمها أو أحدهما أو بغيرهما و[٤]غيرها، خلافاً لأحمد بن حنبل في الأوّلين[٥] ﴿و﴾ لأبي حنيفة في الثلاثة الأخيرة[٦].

---

(١) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٨.

(٢) كما في كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٥، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٦٦ ج ٣ ص ١٧٢.

(٣) كما في نسخة صاحب مفتاح الكرامة من المفاتيح، وفي نسختنا وصفه بالشذوذ، انظر مفاتيح الشرائع: (الهامش السابق: ص ١٧٣).

(٤) في مفتاح الكرامة ـ الذي أُخذت العبارة منه ـ بدل الواو: «كما في التذكرة وظاهر».

(٥ و٦) الحاوي الكبير: ج ٧ ص ١٤٠، البحر الرائق: ج ٨ ص ٤١٣ ـ ٤١٤، الاختيار: ج ٣ ص ٧٢، المحلّى: ج ١٠ ص ٤٢٩، العزيز: ج ٥ ص ٤١٣، شرح الزركشي: ج ٤ ص ١٧٢، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٣٨٦ ـ ٣٨٧، الفروع: ج ٤ ص ٣٧٧، المبدع: ج ٥ ص ١٦٥.

↑ ج ٣٧ / ١١٣

نعم ﴿روى﴾ عاصم بن حميد[١] عن الباقر عليه السلام[٢] ومسمع عن الصادق عليه السلام[٣]: «إنّ علياً عليه السلام قضى ﴿في عين الدابّة﴾ بـ﴿ربع﴾ ثمنها أي ﴿قيمتها﴾.

كما روى أبو العبّاس عن الصادق عليه السلام أنّه قال: «من فقأ عين دابّة فعليه ربع ثمنها»[٤].

وفي صحيح عمر بن أُذينة المروي في التهذيب: «كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رواية الحسن البصري يرويها عن عليّ عليه السلام: في عين ذات الأربع قوائم إذا فقئت ربع ثمنها؟ فقال: صدق الحسن، قال عليّ عليه السلام ذلك»[٥].

كما أنّه روى فيه صحيحاً عن عاصم بن حميد عن محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى عليّ عليه السلام في عين فرس فقئت ربع ثمنها»[٦].

---

(١) في المصدر ـ أعني غاية المراد ـ: «عاصم بن جميل» ولكن نقله عنه كما هنا في مفتاح الكرامة: الغصب / محلّ الضمان ج ١٨ ص ١٣٣.

(٢) كما في غاية المراد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠١.

(٣) الكافي: الديات / باب فيما يصاب من البهائم ح ٢ ج ٧ ص ٣٦٧، تهذيب الأحكام: الديات / باب ٢٧ الجنايات على الحيوان ح ٤ ج ١٠ ص ٣٠٩، وسائل الشيعة: باب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء ح ٤ ج ٢٩ ص ٣٥٦.

(٤) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٣ ص ٣٦٨، و«التهذيب»: ح ١، و«الوسائل»: ح ١ ص ٣٥٥.

(٥) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٢، و«الوسائل»: ح ٢ ص ٣٥٥.

(٦) انظر «التهذيب» قبل ثلاثة هوامش: ح ٣، و«الوسائل»: ح ٣ ص ٣٥٥.

قيل: «رواه في الكافي[١] حسناً بإبراهيم»[٢]، بل قيل: «هو صحيح في زيادات حدود الفقيه[٣]»[٤]. ومنه يعلم ما في المسالك[٥] وغيرها[٦]: من الطعن في السند.

نعم، لم نجد بها عاملاً سوى ما عن النهاية[٧] والوسيلة[٨]: من أنّه في فقء عين البهيمة ربع قيمتها، بعد الحكم فيهما أيضاً: أنّ الجناية على أعضائها بحسب قيمتها.

ولولا ندرة القائل بذلك لكان العمل بها في خصوص العين متّجهاً، بل يمكن القول بعدم العلم بالإعراض عنها بعد احتمال عدم العثور عليها؛ فإنّ الشهيد في غاية المراد مع سعة باعه قال: «لم أعثر على غير الأخبار الثلاثة»[٩].

نعم، إن علم الإعراض عنها فلا محيص عن طرحها، أو حملها على ما كان الأرش فيه ذلك، خصوصاً ﴿و﴾ قد ﴿حكى الشيخ ﴾[١٠] في

ج ٣٧ / ١١٤

---

(١) انظر «الكافي» قبل أربعة هوامش: ح ١.

(٢ و٤) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٣١، مفتاح الكرامة: الغصب / محلّ الضمان ج ١٨ ص ١٣٥.

(٣) من لا يحضره الفقيه: الديات / باب نوادر الديات ح ٥٣٩٨ ج ٤ ص ١٧٢.

(٥) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٩٤.

(٦) كالتنقيح الرائع: الغصب / الأمر الثاني ج ٤ ص ٧١.

(٧) النهاية: الديات / الجنايات على الحيوان ج ٣ ص ٤٦٧ ـ ٤٦٨.

(٨) الوسيلة: أحكام الجناية على الحيوان ص ٤٢٨.

(٩) غاية المراد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٠ ـ ٤٠١.

(١٠) «رحمه الله» ليس في نسخة الشرائع.

المبسوط والخلاف عن الأصحاب: في عين الدابّة نصف قيمتها، وفي العينين كمال قيمتها، وكذا كلّ ما في البدن منه اثنان».

قال في الأوّل منهما ـ بعد أن حكم بضمان الأرش في الأعضاء ـ : «وروى أصحابنا في عين الدابّة نصف قيمتها، وفي العينين كمال قيمتها، وكذلك قالوا في سائر الأطراف ممّا في البدن منه اثنان ففيه كمال القيمة»[١].

وقال في الثاني: «إذا قلع عين دابّة كان عليه نصف قيمتها، وفي العينين جميع قيمتها، وكذا كلّ ما كان في البدن منه اثنان ففي الاثنين جميع القيمة، وفي الواحد نصف قيمتها، دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارها»[٢].

مع أنّ المحكي عنه فيه في آخر المسألة التاسعة من الغصب الحكم بالأرش[٣]، والحكم أيضاً به في ذنب حمار القاضي[٤] لا القيمة باعتبار كونه واحداً، اللّهمّ إلّا أن يريد بالأرش هو ما ذكره فيه من النصف والكلّ.

كما أنّه لم نجد ما ذكره من الرواية كما اعترف به في السرائر[٥]

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٢.
(٢) الخلاف: الغصب / مسألة ٤ ج ٣ ص ٣٩٧.
(٣) المصدر السابق: مسألة ٩ ص ٤٠١.
(٤) الهامش قبل السابق: مسألة ٣ ص ٣٩٦.
(٥) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٨.

وغيرها[١]، بل قد عرفت أنّه نفسه روى في التهذيب ما سمعت.

وفي المختلف: «يمكن حمل الرواية والإجماع الذي ادّعاه الشيخ على غير الغاصب في إحدى العينين بشرط نقص المقدّر عن الأرش»[٢].

وهو ـ كما ترى ـ إنّما يتمّ ذلك في العبد، كما ستعرف من أنّ جناية غير الغاصب عليه مضمونة بالمقدّر من قيمته، وإذا تجاوزت دية الحرّ ردّت إليها، وكلام الشيخ وما ادّعاه من الأخبار والإجماع في الدابّة.

ومن الغريب ما في الرياض؛ حيث حكى عن الشيخ أوّلاً القول المزبور في الغاصب[٣]، مع أنّ الشيخ لم يفرّق بين الغاصب وغيره في المسألة، وثانياً قال في مسألة العبد: «ولذا حمل الفاضل في المختلف كلام الشيخ عليه»[٤] مع أنّ كلّاً من كلام الحامل والمحمول خالٍ عن ذكر العبد، على أنّ قوله: «في إحدى العينين» لا وجه له، اللّهمّ إلّا أن يكون عدم تصوّر نقص المقدّر فيه عن الأرش بعد أن كان الواجب تمام القيمة. وبالجملة: لا وجه للحمل المزبور.

↑ ج ٣٧ / ١١٥

وأغرب منه ما في المسالك؛ حيث إنّه ـ بعد أن روى الأخبار الثلاثة الأُول، وذكر حمل المختلف ـ قال: «وهذا الحمل حسن لو صحّت

---

(١) كمسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٩٣ ـ ١٩٤.

(٢) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٢٣.

(٣) رياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٣٤.

(٤) المصدر السابق: ص ٣٥.

الرواية ، ومع ذلك فمدلولها خلاف ما ادّعاه»[١].

ضرورة عدم الحسن فيه ، بل قد عرفت صحّة الرواية ، ولكنّ هجرها ـ مع فرضه ـ ومعارضتها بما سمعت منع[٢] من العمل بها ، كما أنّه منع من العمل بما حكاه الشيخ من الإجماع والأخبار أنّه لم نعرف ذلك لأحد ممّن تقدّمه لا فتوى ولا روايةً ، بل فتواه نفسه وروايته بخلافه .

﴿و﴾ بذلك كلّه ظهر لك : أنّ ما عليه المشهور من ﴿الرجوع إلى الأرش السوقي﴾ مطلقاً ﴿أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده؛ لأنّه مال كغيره من الأموال . ولا يقاس على الإنسان في ذلك ، كما لا يقاس على العبد في الرجوع إلى دية الحرّ مع التجاوز ، فتؤخذ القيمة حينئذٍ مع تلفه وإن تجاوزت دية الحرّ ، والله العالم .

﴿ولو غصب عبداً أو أمةً فقتله، أو قتله قاتل، ضمن قيمته ما لم تتجاوز[٣] دية الحرّ، ولو تجاوزت[٤] لم يضمن الزيادة﴾ .

قال في الخلاف في باب الغصب : «إذا قتل عبداً كان عليه قيمته ما لم تتجاوز قيمته دية الحرّ عشرة آلاف درهم ، وكذا إن كانت أمة ما لم تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم دية الحرّة ـ إلى أن قال : ـ دليلنا : إجماع الفرقة وأخبارهم»[٥]. وظاهر ذكره ذلك في الباب

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٩٤.

(٢) الأولى التعبير بـ «منعا».

(٣) في نسخة الشرائع بعدها إضافة «قيمته»، وفي نسخة المسالك: «قيمة».

(٤) في نسخة الشرائع: جاوزت.

(٥) الخلاف: الغصب / مسألة ٥ ج ٣ ص ٣٩٨.

المزبور أنّ الغاصب حكمه ذلك.

قيل: «وأظهر منها في ذلك عبارة المبسوط، قال: وإن كان عبداً نظرت؛ فإن قتله ففيه قيمته، وإن زادت على دية الحرّ لم يلزمه أكثر من ذلك»(١).

ج ٣٧ / ١١٦

بل قيل: «إنّه قد طفحت بذلك عباراتهم في باب القصاص والديات فيما يكاد يزيد على عشرين موضعاً من دون تعرّض من أحد منهم لاستثناء الغاصب، إلّا الشهيد الثاني وكاشف اللثام»(٢). إلّا أنّه يمكن أن يقال: إنّ ذلك منهم من حيث الجناية لا الغصب، بل يمكن إرادة الشيخ ذلك فيما سمعته من خلافه.

بل في المختلف: «الظاهر أنّ مراد الشيخ بقوله في المبسوط: (إنّه لا يلزم القاتل الزيادة عن دية الحرّ) الجاني دون الغاصب؛ لأنّه أشار في المبسوط إلى ما اخترناه من لزوم الزائد؛ لأنّه قال: إذا غصب عبداً فقطع آخر يده؛ فإن رجع السيّد على الغاصب رجع بأكثر الأمرين ممّا نقص وأرش الجناية، وإن رجع على القاطع رجع بالأرش وهو نصف القيمة، والزائد في مال الغاصب؛ لاختصاص ذلك بالجاني فلا يتعدّى إلى الغاصب؛ لما فيه من مخالفة الأصل، فإنّ العبد مال»(٣).

وإن كان قد يقال: بإمكان فرق الشيخ بين الطرف والنفس، بل هو

---

(١) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١١٩.

(٢) المصدر السابق: ص ١١٩ ـ ١٢٠.

(٣) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٢٤ ـ ١٢٥.

مقتضى الجمع بين كلاميه .

وعلى كلّ حال ، ففي المتن : ﴿ولو قيل: يضمن﴾ الغاصب ﴿الزائد بسبب الغصب كان حسناً﴾ بل عن ابن إدريس[١] والفاضل[٢] وولده[٣] والشهيدين[٤] والكركي[٥] وغيرهم[٦] الجزم بذلك؛ ولذا نسبه في المسالك[٧] وغيرها[٨] إلى أكثر المتأخّرين ، بل فيها أنّه : «يرتفع الخلاف»[٩] بناءً على ما سمعته من المختلف؛ بمعنى : اتّفاق الجميع على ضمان الغاصب تمام القيمة وإن تجاوزت دية الحرّ ، وذلك لأنّه مال فيضمن بقيمته ، وإنّما اقتصرنا في غير الغاصب على الدية عملاً بالاتّفاق ، فيبقى ما عداه على الأصل .

↑ ج ٣٧ / ١١٧

على أنّ الرجوع إلى دية الحرّ مع التجاوز إنّما هو من حيث الجناية

---

(١) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٢.

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٥. تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣١. مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٢٤.

(٣) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٧٢.

(٤) هو مقتضى كلام الشهيد الأوّل في اللمعة: كتاب الغصب ص ٢٣٥. ومال إليه في غاية المراد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠١ ـ ٤٠٢. وجعله الشهيد الثاني أقوى في المسالك: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٩٥.

(٥) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٣٩.

(٦) كالسبزواري في الكفاية: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٦.

(٧) انظره قبل ثلاثة هوامش.

(٨) ككفاية الأحكام: (انظر الهامش قبل السابق).

(٩) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٩٦.

التي لا تنافي وجود سبب آخر للضمان، وهو الغصب الذي لا رجوع فيه، كما لو مات في يده، فإنّه يضمن قيمته وإن تجاوزت بلا خلاف محقّق أجده فيه كما ستعرف، بل لعلّ غيره من أسباب الضمان كالقبض بالسوم والعارية المضمونة كذلك، كلّ ذلك مضافاً إلى تكليف الغاصب بأشقّ الأحوال، هذا.

ولكن قد يناقش: بإطلاق ما دلّ على الرجوع مع التجاوز من غير فرق بين الغاصب وغيره؛ فـ:

في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام: «دية العبد قيمته، وإن كان نفيساً فأفضل قيمته عشرة آلاف درهم، ولا يتجاوز دية الحرّ»[1].

وفي صحيح ابن رئاب[2] عنه عليه السلام أيضاً: «إذا قتل الحرّ العبد غرم قيمته وأُدّب. قيل: وإن كانت قيمته عشرين ألف درهم؟ قال: لا يتجاوز قيمة العبد دية الأحرار»[3]. ونحوه خبر أبي الورد[4].

وفي المرسل في الإيضاح: «إنّ العبد لا يتجاوز بقيمته دية

---

(١) الكافي: الديات / باب الرجل الحرّ يقتل مملوك... ح ٥ ج ٧ ص ٣٠٤، تهذيب الأحكام: الديات / باب ١٤ القود بين الرجال والنساء ح ٥٧ ج ١٠ ص ١٩٢، وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب ديات النفس ح ٢ ج ٢٩ ص ٢٠٧.

(٢) كذا في التهذيبين، وفي الكافي والوسائل بعدها إضافة: عن الحلبي.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ١١ ص ٣٠٥، و«التهذيب»: ح ٥٨ ص ١٩٣، و«الوسائل»: ح ٣.

(٤) تهذيب الأحكام: الديات / باب ١٤ القود بين الرجال والنساء ح ٥٩ ج ١٠ ص ١٩٣، وسائل الشيعة: باب ٧ من أبواب ديات النفس ح ١ ج ٢٩ ص ٢٠٨.

مولاه»[١].

وظاهره عدم الفرق بين الغاصب وغيره، بل ظاهر المرسل منها عدم الفرق بين الموت والقتل، بل قد يؤيّده الصحيح الأوّل، إلّا أنّ الإجماع على خلافه، بل لعلّ قوله عليه السلام في الصحيح الأوّل: «دية العبد» ظاهر في الجناية، فليس إلّا المرسل الذي لا جابر له، بل قد عرفت أنّ الموهن له محقّق.

↑ ج ٣٧ / ١١٨

أمّا الجناية المقتضية لكون القيمة بحكم الدية فيبقى الحكم فيها على الإطلاق الذي ينبغي الخروج به عمّا يقتضي ضمان القيمة وإن تجاوزت، وليس التعارض بينها من وجه، بل هو فرد آخر للخاصّ، فتأمّل جيّداً.

وربّما يؤيّد ذلك: ما تسمعه من الشيخ والمصنّف في النافع والفاضل في الإرشاد في المسألة الآتية؛ وهي الجناية على ما فيه مقدّر من الأعضاء، حيث وافقوا الشيخ فيها على عدم الفرق بين الغاصب وغيره في دفع المقدّر ما لم يتجاوز دية الحرّ في العضو، والله العالم.

﴿و﴾ بذلك كلّه ظهر لك: أنّه لا خلاف[٢] ولا إشكال في أنّه ﴿لا يضمن القاتل غير الغاصب سوى قيمته ما لم تتجاوز[٣]،

---

(١) إيضاح الفوائد: الجنايات / شرائط القصاص ج ٤ ص ٥٨١ ـ ٥٨٢.

(٢) كما في كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٦.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: عن دية الحرّ.

ولو تجاوزت[١] دية الحرّ ردّت إليه﴾ بل الإجماع بقسميه عليه[٢]، مضافاً إلى ما سمعته من النصوص.

نعم، لو قتله غير الغاصب في يد الغاصب مثلاً ﴿فإن﴾ لم تزد قيمته عن دية الحرّ فلا إشكال، وإن ﴿زاد الأرش﴾ أي القيمة ﴿عن﴾ مقدّر ﴿الجناية﴾ الذي هو دية الحرّ ﴿طولب الغاصب بالزيادة دون الجاني﴾ على قول الأكثر، وفيه البحث السابق. ومن الغريب جزم المصنّف بذلك هنا وعدمه في الأوّل الذي هذا من فروعه، كما هو واضح، والله العالم.

هذا كلّه في الجناية.

﴿أمّا لو مات في يده ضمن قيمته ولو تجاوزت[٣] دية الحرّ﴾ كما صرّح به غير واحد[٤]، بل في الكفاية: «لا أعرف خلافاً بينهم في ذلك»[٥].

↑ ج ٣٧ / ١١٩

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: عن.

(٢) نقل الإجماع في مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٩٥.

وصرّح بالحكم في السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٢، وتحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣١، واللمعة الدمشقيّة: كتاب الغصب ص ٢٣٥، وغاية المرام: الغصب / في الحكم ج ٤ ص ٩٠ ـ ٩١.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: قيمة.

(٤) كالعلّامة في الإرشاد: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٦، والأردبيلي في مجمع البرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٣٢ ـ ٥٣٣.

(٥) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٦.

لكن في الدروس: «لو مات لزمته قيمته وإن تجاوزت دية الحرّ عند المتأخّرين، خلافاً للشيخ مدّعياً عليه الإجماع»[١].

وإن كنّا لم نتحقّقه، بل المحكي عن الشيخ في الخلاف التصريح بذلك[٢] كالسرائر[٣]، بل اقتصر غير واحد[٤] على نقل الخلاف عن الشيخ في مسألة القتل كما عرفت.

وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه؛ لقاعدة ضمان القيمة في المغصوب بالغةً ما بلغت، المقتصر في الخروج عنها على الجناية لو قلنا بالرجوع إلى دية الحرّ فيها، ولا استبعاد في الأحكام الشرعيّة المبنيّة على حِكَم خفيّة، والله العالم.

﴿ولو جنى الغاصب﴾ أو غيره ﴿عليه بما دون النفس؛ فإن كان تمثيلاً﴾ وتنكيلاً ﴿قال الشيخ[٥]: عتق وعليه قيمته﴾ لقول الصادق عليه‌السلام في مرسل ابن محبوب: «كلّ عبدٍ مُثّل به فهو حرّ»[٦] الذي لا ينافيه ذكر «المولى» في غيره[٧] حتّى يحمل عليه، مؤيّداً: بأنّ

---

(١) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٤.

(٢) الخلاف: الغصب / مسألة ٣٩ ج ٣ ص ٤٢١.

(٣) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٢.

(٤) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١١٩ و١٢١.

(٥) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٢، الخلاف: الغصب / مسألة ٦ ج ٣ ص ٣٩٨.

(٦) الكافي: العتق/باب المملوك إذا عمي ح ١ ج ٦ ص ١٨٩، تهذيب الأحكام: العتق /باب ١ العتق ح ٣٤ ج ٨ ص ٢٢٣، وسائل الشيعة: باب ٢٢ من كتاب العتق ح ١ ج ٢٣ ص ٤٣.

(٧) ورد بلسان «فيمن نكّل بمملوكه» وما أشبه ذلك، انظر وسائل الشيعة: باب ٢٢ من كتاب العتق ح ٢ و٣ ج ٢٣ ص ٤٣ و٤٤، مستدرك الوسائل: انظر باب ١٩ من كتاب العتق ج ١٥ ص ٤٦٣.

الحكمة في الانعتاق بتنكيل المولى جبر وهن المنكَّل لما فاته من التكسّب.

﴿و﴾ لكن ﴿فيه تردّد، ينشأ﴾: ممّا عرفت و﴿من الاقتصار بالعتق في التمثيل﴾ المخالف للأصل ﴿على مباشرة المولى﴾ لأنّه المتيقّن، بل لا جابر للمرسل المزبور بالنسبة إلى ذلك، مضافاً إلىٰ قوله صلى الله عليه وآله: «لا عتق إلّا في ملك»[1] بناءً على انعتاقه على المنكّل لا المولى، واحتمال الحكمة معارض باحتمال كونها المؤاخذة على سوء فعل المولى، بل هو الظاهر.

ج ٣٧ / ١٢٠

وما أبعد ما بين القول المزبور والقول بعدم الانعتاق بتنكيل المولى ـ فضلاً عن غيره ـ كما عن ابن إدريس[2]، بل المصنّف تردّد فيه أيضاً في كتاب العتق، وإن كنّا بيّنّا هناك[3] ضعف ذلك بل بطلانه، إلّا أنّ المتّجه الاقتصار على تنكيل المولى الذي هو المنساق نصّاً وفتوى، كما هو واضح.

ومن الغريب ما عن الفاضل في بعض فوائده: من بناء الخلاف في الحكم على الخلاف في الحكمة أنّها الجبر أو العقوبة، فعلى الأوّل ينعتق دون الثاني[4].

---

(١) عوالي اللآلي: باب العتق ح ٣ ج ٣ ص ٤٢١، تذكرة الفقهاء: الجهاد / في الغنائم ج ٩ ص ١٤٩.

(٢) السرائر: العتق / المقدّمة ج ٣ ص ٨ ـ ٩.

(٣) في ج ٣٥ ص ٣٢٠.

(٤) نقله عنه الشهيد الثاني في المسالك: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٩٧.

إذ هو ـ مع أنّه إحالة على مجهول ـ لا وجه له بعد معلوميّة عدم اطّراد الحكمة على وجهٍ تثبت بها أحكام شرعيّة .

وكذا ما عن غيره[١]: من بنائه على خروج العبد بالتنكيل عن الملكيّة ، أو المولى عن أهليّة التملّك بالنسبة للعبد ، أو عقوبة محضة ، فعلى الأخيرين لا عتق ، بخلاف الأوّل ، كما هو واضح .

نعم ، لو اُقعد أو عمي أو جذم في يد الغاصب ، انعتق وضمن الغاصب قيمته ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان ، فعن الخلاف[٢] وموضع من المبسوط[٣]: أنّ ﴿كلّ جناية﴾ على المغصوب ﴿ديتها مقدّرة في الحرّ فهي مقدّرة في المملوك بحساب قيمته﴾ المنزّلة فيه منزلة الدية ﴿وما ليست مقدّرة[٤] في الحرّ ففيها الحكومة﴾ سواء كانت الجناية من الغاصب أو من أجنبي ، بل هو كذلك لو كان التلف بآفة سماويّة؛ لأنّه في يده مضمون .

↑ ج ٣٧ / ١٢١

بلا خلاف أجده في الأخير[٥] أي ما لا مقدّر له ، وما عن المبسوط : من الاقتصار على خصوص جناية الغاصب ، ليس خلافاً في المسألة؛ ضرورة اشتراك الجميع في مدرك الحكم ، وهو كونه مضموناً عليه

(١) كالفخر في الإيضاح: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ١٨٤.

(٢) الخلاف: الغصب / مسألة ٧ و٩ ج ٣ ص ٣٩٩ و٤٠١.

(٣) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٢ ـ ٦٣.

(٤) في نسخة الشرائع: بمقدّرة.

(٥) كما في مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٣٥.

ولا مثل له ولا قيمة مقدّرة، فلابدّ من الأرش.

وأمّا الأوّل: فهو خيرة النافع[١] والإرشاد[٢] ومجمع البرهان[٣]، بل عن المقتصر: «أنّ المشهور ردّه مع ردّ دية اليد ـ مثلاً ـ وهي نصف القيمة»[٤]، بل عن الخلاف: «أنّ عليه إجماع الفرقة وأخبارهم»[٥].

ولعلّه يريد بالأخبار قول أمير المؤمنين عليه‌السلام: «جراحات العبيد على نحو جراحات الأحرار في الثمن»[٦]، ونحوه المرسل[٧]، وفي قوله عليه‌السلام: «الثمن» إشعار بإرادة الأعضاء.

وفي الإيضاح: الاستدلال عليه بعموم النصّ[٨]، مفسّراً له في حاشيته: بأنّ ما فيه من الحرّ ديته فيه من العبد قيمته[٩].

وعن الخلاف أيضاً: إجماع الفرقة وأخبارهم على هذه العبارة[١٠].

وعن السرائر: أنّه ورد في الرقيق المماليك من بني آدم نصف

---

(١) المختصر النافع: كتاب الغصب ص ٢٤٨.

(٢) إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٦.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٣٤ ـ ٥٣٥.

(٤) المقتصر: كتاب الغصب ص ٣٤٣.

(٥) الخلاف: الغصب / مسألة ٧ ج ٣ ص ٣٩٩.

(٦) من لا يحضره الفقيه: الديات / باب المسلم يقتل الذمّي ح ٥٢٦٩ ج ٤ ص ١٢٧، تهذيب الأحكام: الديات / باب ١٤ القود بين الرجال والنساء ح ٦٠ ج ١٠ ص ١٩٣، وسائل الشيعة: باب ٨ من أبواب ديات الشجاج والجراح ح ٢ ج ٢٩ ص ٣٨٨.

(٧) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٧٥ ص ١٩٦، و«الوسائل»: ح ٤ ص ٣٨٩.

(٨) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٧٢.

(٩) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١١٧.

(١٠) الخلاف: الغصب / مسألة ٧ ج ٣ ص ٣٩٩.

القيمة، وكمالها في المتّحد في البدن والمتعدّد[١].

ولعلّ وفاق الفاضلين هنا مؤيّد لما ذكرناه في المسألة السابقة من ظهور الروايات في الأعمّ من الغاصب وغيره؛ إذ لا فرق بين المقام وبين السابق، بل لعلّ تلك الروايات أظهر دلالةً في كون قيمة العبد حيث تضمن ـ بأيّ سبب من أسباب الضمان ـ لا تتجاوز دية الحرّ، وخروج الموت في يد الغاصب مثلاً لا ينافي ذلك؛ ضرورة بقاء الجناية ـ الموجبة لكون القيمة بحكم الدية ـ على مقتضى إطلاق النصوص المزبورة، كما ذكرناه سابقاً.

﴿و﴾ لكن مع ذلك قال المصنّف: ﴿لو قيل: يلزم الغاصب أكثر الأمرين من المقدّر والأرش كان حسناً﴾ كما هو صريح محكيّ المبسوط[٢] في موضع منه والحلّي[٣] والفاضل[٤] وولده[٥] والكركي[٦]

↑ ج ٣٧ / ١٢٢

---

(١) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٨.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٨.

(٣) النقل عن ابن إدريس مختلف في هذا الموضع، فبعضهم ـ كالعاملي ـ نقل عن ظاهره ما هنا، وبعضهم ـ كصاحب تردّدات الشرائع ـ نقل عنه القول الآخر، وعبارة السرائر: «إذا جنى على عبدٍ جنايةً تحيط بقيمة العبد... وما عدا ذلك فله الأرش إمّا مقدّراً إن كان له في الحرّ مقدّر أو حكومةً إن لم يكن...». انظر السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٦ ـ ٤٩٧، وانظر أيضاً ص ٤٨٨ منه.

(٤) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٥. تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣١. مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٣٣ ـ ١٣٤.

(٥) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٧٢.

(٦) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٣٨ ـ ٢٣٩.

والشهيدين[١] وغيرهم[٢]، وعن كشف الرموز: أنّه قريب[٣]، والدروس[٤] والكفاية[٥]: أنّه قويّ، بل في جامع المقاصد: أنّه مذهب الأكثر[٦]، بل في الرياض: أنّ عليه عامّة من تأخّر[٧]، بل عن المهذّب البارع: أنّ المشهور ردّه مع الأرش بالغاً ما بلغ[٨].

وكأنّ الوجه في ذلك: أنّ الأكثر إن كان هو المقدّر فهو جانٍ، والحرّ أصل للعبد في ذلك إجماعاً بقسميه ونصوصاً[٩]، وإن كان الأكثر الأرش فهو مال مضمون عليه بعموم «على اليد...»[١٠] كغيره من الأموال، ولا منافاة بين العمل بجهتي الضمان.

وبذلك يفرّق بين الغاصب وغيره، فيضمن الأوّل الأرش وإن زاد عن المقدّر في دية الحرّ، بخلاف الثاني، فإنّه يضمن من حيث الجناية معه خاصّة. والاتّفاق نصّاً وفتوى على التقدير لها بما عرفت

---

(١) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الغصب ص ٢٣٥ (ظاهره ذلك). مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ١٩٧ ـ ١٩٨. الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٤٨.

(٢) كابن فهد في المقتصر: كتاب الغصب ص ٣٤٣.

(٣) كشف الرموز: كتاب الغصب ج ٢ ص ٣٨٢.

(٤) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٤.

(٥) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٦ ـ ٦٤٧.

(٦) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٣٩.

(٧) رياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٣٥.

(٨) المهذّب البارع: الغصب / الأمر الثاني ج ٤ ص ٢٥٣.

(٩) وسائل الشيعة: انظر باب ٦ من أبواب ديات النفس ج ٢٩ ص ٢٠٧.

(١٠) تقدّم في ص ١١٢.

ما لم تتجاوز دية الحرّ، وإلّا ردّت إليها.

وحينئذٍ فلو جنى عليه جانٍ وهو في يد الغاصب، تخيّر المالك: بين الرجوع على الغاصب بأكثر الأمرين ويرجع هو على الجاني بالمقدّر، وبين الرجوع على الجاني بالمقدّر وبالزيادة -إن كانت- على الغاصب الذي يضمن كلّ نقص يكون على العين ولو بآفة سماويّة.

ولكن في ذلك المناقشة السابقة، التي منشؤها: مساواة الغاصب لغيره في الجناية الموجبة للدية المقدّرة في المملوك بالقيمة، والله العالم.

هذا كلّه مع عدم استغراق الجناية القيمة.

﴿أمّا لو استغرقت[1] قيمته﴾ بأن جنى الغاصب على ما فيه قيمته كالأنف والذكر مثلاً ﴿قال الشيخ رحمه الله[2]﴾ في محكيّ الخلاف: ﴿كان المالك مخيّراً بين تسليمه وأخذ القيمة، وبين إمساكه ولا شيء له؛ تسويةً بين الغاصب في الجناية وغيره﴾ وعليه إجماع الفرقة وأخبارهم[3].

ج ٣٧ / ١٢٣

ولعلّ مراده بالأخبار: إطلاق قول أبي جعفر عليه السلام في خبر أبي مريم: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في أنف العبد أو ذكره أو شيء يحيط

---

(١) في نسخة الشرائع بعدها إضافة «ديته» بعدها، مجعولةً في نسخة المسالك بين معقوفتين.

(٢) «رحمه الله» ليست في نسخة الشرائع.

(٣) الخلاف: الغصب / مسألة ٩ ج ٣ ص ٤٠١.

بقيمته: أنّه يؤدّي إلى مولاه قيمة العبد ويأخذ العبد»[١]. ونحوه خبر غياث[٢]، المراد منهما: مع مشيئة المولى ذلك؛ للقطع بعدم خروجه عن ملكه بذلك.

وبالإجماع: ما أرسلوه إرسال المسلّمات في كتاب القصاص والديات ـ بل قيل: «إنّه حكي عليه الإجماع صريحاً وظاهراً في خمسة مواضع»[٣] ـ من غير إشارة منهم إلى الفرق بين الغاصب وغيره عدا نادرٍ من بعض الناس.

مؤيّداً ذلك كلّه: بأنّ في ردّه مع القيمة جمعاً بين العوض والمعوّض عنه، بل وبما قيل من «أنّ المضمون مع تلف الكلّ هو جميع القيمة فقط، فلا يعقل وجوبها في البعض مع بقاء الجملة على ملكه؛ وإلّا لاستوى الكلّ والبعض، بل يزيد حكم البعض على الجملة»[٤]. وإن كان فيه ما فيه.

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿فيه التردّد[٥]﴾ السابق الذي منشؤه:

---

(١) الكافي: الديات / باب الرجل يقتل مملوكه ح ٢١ ج ٧ ص ٣٠٧، تهذيب الأحكام: الديات / باب ١٤ القود بين الرجال والنساء ح ٦٢ ج ١٠ ص ١٩٤، وسائل الشيعة: (انظر ذيل المصدر في الهامش اللاحق).

(٢) تهذيب الأحكام: الديات / باب ٢٢ ديات الأعضاء ح ٦٥ ج ١٠ ص ٢٦١، وسائل الشيعة: باب ٣٤ من أبواب ديات الأعضاء ح ١ ج ٢٩ ص ٣٣٨.

(٣) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٢٥.

(٤) ذكر هذا الوجه ـ وردّه ـ في مفتاح الكرامة: (الهامش السابق: ص ١٢٧).

(٥) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسخة الشرائع ـ بدلها: تردّد.

اختصاص هذه النصوص ـ كغيرها من النصوص السابقة ـ بغير الغاصب الذي فيه ضمان اليد، بل جزم الحلّي[١] والفاضل[٢] وولده[٣] والشهيدان[٤] والكركي[٥] بوجوب دفع الغاصب إيّاه مع القيمة وإن كانت الجناية من غيره، وذلك لأنّ العبد مضمون، وكلّ عضوٍ عضوٍ منه كذلك، فكلّ عضوٍ فات منه يلزمه قيمته، مع أصالة بقاء العبد على ملكه.

↑ ج ٣٧ / ١٢٤

ومن هنا ربّما اجتمع للمالك عدّة قيم؛ كما لو قطع واحد رجله، وآخر يده، وثالث عينه، ورابع أُذنه؛ فإنّ للسيّد إمساكه ومطالبة كلّ منهم بقيمة ما جنى، كما نصّوا عليه في باب الديات[٦]. ولا جمع بين العوض والمعوّض؛ لأنّ العوض قيمة العضو، والمعوّض ذلك العضو الفائت لا العبد؛ ولذا لو قطع إحدى يديه ودفع إليه نصف القيمة لم يجب عليه تسليم نصف العبد.

---

(١) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٨.

(٢) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣١ ـ ٥٣٢، قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٦.

(٣) إيضاح الفوائد: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٧٢.

(٤) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج٣ ص ١١٤، الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٤٧...

(٥) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٤٠.

(٦) شرائع الإسلام: القصاص / في الشروط ج ٤ ص ٢٠٨، مختلف الشيعة: القصاص / الاشتراك في الجنايات ج ٩ ص ٣٢٨، مسالك الأفهام: القصاص / في الشروط ج ١٥ ص ١٣١.

كلّ ذلك مضافاً إلى الضرر على تقديري الدفع وعدمه، خصوصاً إذا كان العبد كسوباً لا يمنعه قطع أنفه مثلاً، وحمل الغاصب على الأجنبي قياس.

ولكن لا يخفى عليك ما في الجميع، والعمدة: تناول النصوص المزبورة للغاصب وغيره وعدمه؛ ضرورة عدم معارضة شيء من ذلك للنصوص المفروض تناولها، كما أنّه على تقدير عدم التناول لا وجه لوجوب الدفع على المالك؛ فإنّ المقام ليس من الجمع بين العوضين الممنوع كما هو واضح. ولولا الشهرة المزبورة لكان الأوّل لا يخلو من قوّة.

وكيف كان، فعلى الفرق بين الغاصب وغيره، يتّجه وجوب أكثر الأمرين عليه: من القيمة ـ التي لا تتجاوز دية الحرّ ـ والأرش وإن تجاوز.

وقد يحتمل: وجوب القيمة عليه وإن تجاوزت؛ باعتبار تنزيل الشارع الأنف منزلة الكلّ، ولا ريب في وجوبها على الغاصب وإن تجاوزت ـ بناءً على الفرق بينه وبين الجاني غير الغاصب ـ فكذا الأنف لو قطعه، فيكون المراد: في الأنف القيمة في الغاصب وغيره، إلّا أنّها قيّدت في الثاني بعدم التجاوز بخلاف الأوّل.

إلّا أنّه كما ترى، بل مقتضاه ذلك في الجناية على ما يوجب نصف القيمة، الذي قد عرفت أنّه يجب منه في الغاصب أكثر الأمرين مع تقييد

↑ ج ٣٧ / ١٢٥

نصف القيمة بعدم التجاوز؛ لأنّها تجب من حيث التقدير الشرعي باعتبار الجناية وإن كان النقص المالي أقلّ منها.

وعلى كلّ حال، بناءً على الفرق بين الغاصب وغيره، لو جنى جانٍ على المغصوب بما يحيط بقيمته كان للمالك الرجوع على كلّ منهما، ولكن لو دفعه إلى الجاني وأخذ القيمة منه كان له الرجوع على الغاصب بالقيمة ناقصاً لا تامّاً. مع احتماله؛ لأنّ العين مضمونة في يده، ودفعها للجاني لأخذ قيمته بقدر الجناية لا يسقط ضمانها.

ولعلّ هذا مراد الفاضل في القواعد، قال: «ولو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة، سواء باشر الغاصب أو الأجنبي ـ أي وهو في يد الغاصب ـ بخلاف الجاني على غير المغصوب، فإن رجع على الأجنبي دفع إليه العبد ورجع بقيمته على الغاصب، وإن رجع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجاني مجّاناً»[1] انتهى.

وكأنّ الوجه في الأخير: أنّه دفع جناية الجاني ـ الذي استقرّ عليه التلف ـ عنه، فيرجع بها، واشتراط ردّ العبد إنّما هو مع التمكّن منه، لا مطلقاً حتّى لو مات أو أبق مثلاً.

ويحتمل: الرجوع عليه بقيمة العبد مقطوع الأنف مثلاً؛ لأنّها تقوم مقامه مع التعذّر، ويأخذ منه قيمة الصحيح.

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٦.

ويحتمل: أن لا يرجع بشيء؛ لتعذّر شرط الرجوع، فيسقط المشروط، ولعلّه لا يخلو من قوّة.

ولو جنى العبد المغصوب بما يوجب القصاص نفساً أو طرفاً واقتصّ منه ـ ولو بعد ردّه للمولى ـ ضمنه الغاصب، وكذا لو سرق أو ارتدّ عن فطرة فقطع أو قتل. نعم، لو غصبه بعد ارتداده أو سرقته أو استحقاق القصاص عليه ـ مثلاً ـ ضمن قيمة عبد مستحقّ للقتل.

ولو جنى بما يوجب تعلّق المال برقبته، فداه الغاصب بأقلّ الأمرين: من أرش جنايته وقيمته، ويحتمل بأرش الجناية بالغاً ما بلغ، كما ستسمع إن شاء الله تمام الكلام فيه عند ذكر المصنّف له.

↑ ج ٣٧ / ١٢٦

وبالجملة: كلُّ نقصٍ يكون فيه مضمونٌ عليه ولو كان منه أو من آفة سماويّة، بل في التحرير: «لو جنى على سيّده فجنايته مضمونة على الغاصب أيضاً؛ لأنّه من جملة جناياته الموجبة للنقص»[١].

وحينئذٍ فإن اقتصّ المولى فعلى الغاصب أرش العضو التالف بالقصاص كما في التذكرة، بل قال: «وإن عفا على مال ثبت المال على العبد، وفداه الغاصب بأقلّ الأمرين: من أرش الجناية وقيمة العبد، كالأجنبي»[٢].

وإن كان لا يخلو من تأمّل؛ باعتبار أنّ السيّد لا يثبت له على ماله

---

(١) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٨٨ (الطبعة الحجرية).

مال، ومن هنا لو كانت الجناية خطأً لم يستحقّ السيّد على الغاصب شيئاً من حيث الجناية؛ لأنّها لا توجب شيئاً.

نعم، لو تراضى الغاصب مع السيّد على مال للعفو عن القصاص الذي يوجب على الغاصب النقص صحّ.

بل قد يقال: بوجوب الدفع على الغاصب مقدّمةً لردّ العين كما هي، الواجب عليه.

بل قد ينقدح من ذلك: وجوب دفع الأزيد من قدر الجناية، ومنه ينقدح قوّة القول بوجوب فدائه في الجناية الماليّة على الأجنبي بالأزيد من مقدّر الجناية؛ مقدّمةً لوجوب الردّ.

فتأمّل جيّداً؛ فإنّه قد يفرّق بين السيّد والأجنبي بعد فرض إرادة السيّد القصاص منه؛ لاختياره حينئذٍ عدم ردّ العين كما هي، فيسقط الخطاب بذلك.

وكيف كان، فإنّما يضمن الغاصب نقص القيمة حيث يحصل ولو بسبب من العبد، ولا يضمن أرش نفس العضو الذي فرض قطعه بسرقة أو جناية؛ لأنّه ذهب بسبب غير مضمون، فأشبه سقوطه بغير جناية.

↑ ولو زادت جناية العبد عن قيمته ثمّ مات، فعلى الغاصب قيمته يدفعها إلى سيّده، فإذا أخذها تعلّق بها أرش الجناية، فإذا أخذ وليّ الجناية القيمة من المالك رجع على الغاصب بقيمة أُخرى؛ لأنّ المأخوذة أوّلاً استحقّت بسببٍ وجد في يده، فكانت من ضمانه.

ج ٣٧ / ١٢٧

أمّا لو كان العبد وديعةً فجنى بما تستغرق قيمته ثمّ قتله المستودع، وجب عليه قيمته وتعلّق بها أرش الجناية، فإذا أخذها وليّ الدم لم يرجع المالك على المستودع بشيء؛ لأنّه جنى وهو غير مضمون.

ولو جنى العبد في يد المالك بما يستغرق قيمته، ثمّ غصبه غاصب، فجنى في يده بالمستغرق أيضاً، ففي التحرير: «بيع في الجنايتين، وقسّم ثمنه بينهما، ورجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني؛ لأنّ الجناية في يده وإن كان للمجني عليه أوّلاً أخذه، دون الثاني؛ لأنّ الذي أخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانياً، فلا يتعلّق به حقّه، ويتعلّق به حقّ الأوّل؛ لأنّه بدل عن قيمة الجاني».

«ولو مات العبد في يد الغاصب فعليه قيمته بينهما، ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة؛ لأنّه ضامن للجناية الثانية، ويكون للمجني عليه أوّلاً أن يأخذ كما قلناه»[1]، فتأمّل جيّداً؛ فإنّ بعضه لا يخلو من بحث، والله العالم.

﴿ولو زادت قيمة المملوك بالجناية﴾ التي لا مقدّر لها شرعاً ردّه ولا شيء عليه؛ للأصل، كالسمن المفرط في نحو العبد والجارية ممّا لا يقصد فيه اللحم، بلا خلاف أجده فيه.

لكن عن المبسوط ـ فيما لو حلق لحية الأمة فلم تنبت من دون غصب فزادت قيمتها ـ قال: «نعتبرها بعبد إن زالت لحيته نقصت

---

(١) المصدر قبل السابق.

قيمته»[١]. وعن أبي العبّاس[٢] وثاني الشهيدين[٣]: فيها الحكومة.

وفيه: أنّه لا دليل عليه، كما تعرفه في الديات إن شاء الله.

أمّا لو كان لها مقدّر ﴿كالخصاء أو قطع الإصبع الزائدة﴾ المقدّرين بتمام القيمة وثلث دية الإصبع الأصليّة ﴿ردّه مع دية الجناية﴾ كما عن الشيخ[٤] وغيره[٥]، بل في الكفاية: أنّه المشهور[٦] ﴿لأنّها مقدّرة﴾ فيتناوله دليلها وإن لم تنقص القيمة.

ج ٣٧ / ١٢٨

نعم، قد يشكل ذلك من الشيخ إذا فرض استيعاب القيمة: بأنّه لا يوافق ما سمعته منه من تخيير المالك بين الردّ وأخذ القيمة وبين الإمساك ولا شيء له، فيتّجه في المقام ذلك لا الردّ مع المقدّر، بل عن موضع من مبسوطه التصريح بذلك[٧]، وفيه ما عرفت سابقاً.

كما أنّ ما في القواعد ـ من أنّه لا شيء في قطع الإصبع الزائدة كالسمن المفرط[٨] ـ لا يخفى عليك ما فيه؛ لما عرفت من أنّ لها مقدّراً، بخلافه.

---

(١) المبسوط: الديات / دية اللحية ج ٧ ص ١٥٤.

(٢) المهذّب البارع: الديات / الجناية على الأطراف ج ٥ ص ٣٠٦.

(٣) الروضة البهيّة: الديات / الفصل الثاني (المسألة الثانية) ج ١٠ ص ١٩٩.

(٤) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٤.

(٥) كابن إدريس في السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٨، والعلّامة في التحرير: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٤، وولده في الإيضاح: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٨٣ ـ ١٨٤.

(٦) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٧.

(٧) المبسوط: الديات / دية الكفّار ج ٧ ص ١٥٨.

(٨) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٢.

نعم، في محكيّ التحرير: «لو سقط ذو المقدّر بآفة سماويّة وكان تزيد به القيمة لا شيء»[١]، بل في القواعد ذلك أيضاً، إلّا أنّه قال: «على إشكال»[٢].

لكن عن التذكرة[٣] والإيضاح[٤]: «أنّ الأقرب وجوب القيمة»، بل في جامع المقاصد: «أنّه أصحّ؛ لأنّه يضمن بالتلف تحت اليد العادية كما يضمن بالجناية»[٥].

وكأنّه مصادرة، والتقدير للجناية لا يقتضي التقدير لغيرها، كما أشرنا إليه سابقاً، والله العالم.

﴿و﴾ على كلّ حال، فلا يخفى أنّ ﴿البحث في المدبّر والمكاتب المشروط﴾ والمطلق الذي لم يؤدّ شيئاً ﴿وأُمّ الولد كالبحث في القنّ﴾ ضرورة اشتراك الجميع في المملوكيّة. نعم، لو تحرّر البعض جرى على كلّ من جزء الحرّ والملك حكمه، كما هو واضح، والله العالم.

﴿وإذا تعذّر﴾ عادةً ﴿تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل﴾ مثلاً أو قيمةً ﴿ويملكه المغصوب منه، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة. ولو عادت كان لكلّ منهما الرجوع﴾ كما صرّح بذلك كلّه

---

(١) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٤.

(٢) المصدر قبل السابق.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٨٦ (الطبعة الحجرية).

(٤) إيضاح الفوائد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ١٨٤.

(٥) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٨٥ (بتصرّف).

غير واحد من أساطين الأصحاب كالشيخ[١] وابن إدريس[٢] والفاضل[٣] والشهيد[٤] والكركي[٥] وغيرهم[٦]، بل في المسالك: نسبته إليهم[٧] مشعراً بالاتّفاق عليه، بل في محكيّ الخلاف[٨] والغنية[٩]: نفي الخلاف عن ملك المغصوب منه البدل المزبور، بل ظاهرهما ـ على ما قيل[١٠] ـ بين المسلمين.

ج ٣٧ / ١٢٩

نعم، في قواعد الفاضل ما صار سبباً للوسوسة في الحكم المزبور، فإنّه قال في موضع منها: «ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة، فإن عاد ترادّا، وللغاصب حبس العين إلى أن يردّ القيمة عليه على إشكال، فإن تلف العبد محبوساً فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع الأُولى»[١١].

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٥، الخلاف: الغصب / مسألة ٢٦ ج ٣ ص ٤١٢.
(٢) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٦.
(٣) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٥، إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٦، وتأتي عبائر القواعد.
(٤) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٢.
(٥) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٧١.
(٦) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٣٨ ـ ٥٣٩.
(٧) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ٢٠٠ ـ ٢٠١.
(٨) الخلاف: الغصب / مسألة ٢٦ ج ٣ ص ٤١٢.
(٩) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٨١ ـ ٢٨٢.
(١٠) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٨٥.
(١١) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٨.

وقال في آخر: «ويجب ردّ العين ما دامت باقية، فإن تعذّر دفع الغاصب البدل، ويملكه المغصوب منه، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة. فإن عاد فلكلّ منهما الرجوع. وهل يجبر على إعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال»[١].

لكن في جامع المقاصد ـ بعد أن شرح العبارة الأُولى ـ قال: «واعلم أنّ هنا إشكالاً: فإنّه كيف تجب القيمة ويملكها بالأخذ ويبقى العبد على ملكه؟! وجعلها في مقابل الحيلولة لا يكاد يتّضح معناه»[٢].

وقال في شرح الأُخرى: «ومقتضى كلامهم: أنّ تملّكه للحيلولة يقتضي أن لا يكون في مقابل العين المغصوبة، وتحقيقه لا يخلو من إشكال»[٣].

وتبعه ثاني الشهيدين، حيث إنّه ـ بعد أن ذكر[٤] بقاء العين المغصوبة على ملك المالك وأنّ ملك القيمة للحيلولة ـ قال: «هكذا أطلقوه، ولا يخلو من إشكال؛ من حيث اجتماع العوض والمعوّض على ملك المالك من غير دليل واضح، ولو قيل بحصول الملك لكلّ منهما متزلزلاً، أو توقّف ملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين وإن جاز له

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٠.
(٢) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٦١.
(٣) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٧١.
(٤) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ٢٠٠.

التصرّف فيه، كان وجهاً في المسألة»[١]. واستحسنه في الكفاية[٢].

ج ٣٧ / ١٣٠

قلت: لكنّه مخالف لما عرفته من الاتّفاق، المؤيّد: بمعلوميّة عدم اعتبار توقّف ملكيّة المالك القيمة على الغاصب على خروج المغصوب عن قابليّة التملّك بموت ونحوه، كما يومئ إليه ما دلّ[٣] على الضمان بالضياع والسرقة ونحوهما في الأمين المفرّط، فإنّ المال لم يخرج بذلك عن قابليّة التملّك، بل من المقطوع به الضمان في نحو الوقوع في بحر ونحوه ممّا يحصل معه اليأس من الرجوع، وليس هو حينئذٍ إلّا من ضمان الحيلولة.

بل أدلّة الضمان ـ التي منها: «على اليد...»[٤] ـ شاملة لذلك قطعاً، فهي حينئذٍ مقتضية لملك المالك القيمة؛ ضرورة كونه معنى ضمانها الذي هو شغل الذمّة بالمثل أو القيمة على نحو اشتغالها به لو تلف، كما يقضي به إطلاق الضمان عليهما نصّاً[٥] وفتوى، فحينئذٍ يكون مملوكاً عليه ذلك كما أنّه مملوك للمالك. فهو بالنسبة إلى ذلك كالدين الذي لا ريب في ملكه لصاحبه إذا دفعه إليه، فالقيمة المدفوعة حينئذٍ مملوكة والعين باقية على الملك؛ للأصل، ولأنّها مغصوبة وكلّ مغصوب مردود. وأخذ

---

(١) المصدر السابق: ص ٢٠١.

(٢) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٨.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٥ من كتاب العارية ج ١٩ ص ٨١.

(٤) تقدّم في ص ١١٢.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ١ و٣ من كتاب العارية ج ١٩ ص ٩١ و٩٦.

القيمة غرامةً ـ للدليل الشرعي ـ لا ينافي ذلك.

على أنّ دفع البدل للحيلولة إن لم يكن على وجه الملكيّة للمالك لم يجدِ في دفع ضرر المالك، بل ربّما يكون ضرراً عليه بوجوب حفظه ونحوه عليه، كما أنّ جواز التصرّف فيه إن لم يكن على وجهٍ يشمل ما يعتبر فيه الملك كذلك أيضاً.

فليس حينئذٍ إلّا الملكيّة التي لا تستلزم خروج المبدل عنه عن ملك الأوّل، بل لعلّ قوله صلى الله عليه وآله: «حتّى تؤدّي»[1] ظاهر في خلافه، مضافاً: إلى أصالة بقائه على ملكه، وإلى ما عرفته من الاتّفاق عليه؛ ولذا لم يذكروا خلافاً بل ولا إشكالاً في ملك نمائه المنفصل له.

ج ٣٧ / ١٣١

ودعوى[2]: أنّه من الجمع بين العوض والمعوّض عنه الممنوع منه شرعاً، واضحة الفساد، بل هي مجرّد مصادرة.

وبذلك كلّه ظهر لك أنّ للمغصوب أحوالاً ثلاثة:

أحدها: حال وجود العين على وجهٍ يتمكّن من ردّها إلى مالكها، فليس عليه إلّا وجوب الردّ، وإطلاق الضمان عليه على معنى: دخوله في ضمانه لو حصل سببه، وهو التلف أو الضياع أو نحوهما ممّا يشمل الحيلولة.

والثاني: ذلك أيضاً إلّا أنّه يتعذّر أو يتعسّر ردّها، فعليه ضمان قيمتها

---

(١) انظر هامش (١٠) من ص ٦.

(٢) كما في مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ٢٠١.

تحقيقاً لا تقديراً ، وهو المسمّى بضمان الحيلولة ، ومعه يملك المغصوب منه القيمة المضمونة عليه باعتبار كونها كالدين على الغاصب ، فيملكها من هو له وإن بقيت العين مملوكة له أيضاً؛ للأصل وغيره ممّا عرفت .

الثالث : حال تلف العين وخروجها عن قابليّة الملك بموت ونحوه ، فيتعلّق مثلها أو قيمتها في ذمّة الغاصب تعلّق الديون .

وليس في كلام الفاضل في القواعد ـ الذي ذكرناه ـ منافاة لشيء من ذلك ، بل هو صريح كلامه كغيره من الأصحاب على وجهٍ لم يعرف فيه خلاف بينهم .

وإنّما إشكاله في حبس الغاصب العين إلى أن يقبض ما دفعه من بدل الحيلولة ، باعتبار كونه كالمعاوضة التي لكلّ من المتعاوضين حبس العوض على الآخر حتّى يحصل التقابض .

والأقوى خلافه؛ ضرورة عدم المعاوضة التي مقتضاها ذلك في المقام وإن كانت هي معاوضة معنويّة ، فليست هي إلّا نحو من كانت عنده عين لمن له عنده كذلك ، فإنّه ليس له الحبس كما هو واضح ، خصوصاً بعد قوله عليه‌السلام : «المغصوب مردود»[1] والفرض بقاؤه .

ج ٣٧ / ١٣٢

وإشكاله أيضاً في جبر إعادة المالك البدل لو طلبه الغاصب منه؛ باعتبار ملكه له والأصل اللزوم ، ولتوقّف تمام البدليّة على تماميّة الملك التي منها عدم تسلّط الغاصب عليه بنحو ذلك .

---

(١) تقدّم في ص ٨ بعنوان «الغصب كلّه مردود».

بل في الإيضاح: «لو كان بحيث يجبر على الردّ لكان نقصاً في البدليّة؛ إذ قد لا يرغب المعاملون فيه»[١].

وإن كان فيه: أنّه مع خروجه عن ملك المغصوب منه لا يجب عليه إعادته قطعاً، بل عنه في الحاشية: دعوى الإجماع عليه[٢]، فلا مانع حينئذٍ من رغبة المعاملين فيه.

نعم، قد يقال: إنّ مقتضى قوله ﷺ: «حتّى تؤدّي» ـ مضافاً إلى الاتّفاق ظاهراً ـ أنّ ملك المغصوب منه متزلزل؛ بمعنى: كونه مراعى بعود المال، فينفسخ الملك حينئذٍ قهراً بالأداء الذي هو غاية الضمان.

ومن هنا جزم في التذكرة بأنّ القيمة المدفوعة يملكها المغصوب منه ملكاً مراعى بالحيلولة، فيزول بزوالها[٣]، وفي جامع المقاصد: «هو واضح»[٤]، بل هو الذي جزم به في القواعد أوّلاً، فقال: «يترادّا»[٥].

ومن هنا تعجّب الكركي منه، فقال: «والعجب أنّ المصنّف جزم فيما سبق بالترادّ وتردّد في أنّ للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل، وهنا تردّد في إجبار المالك على الدفع لو طلبه الغاصب. وينبغي عدم التردّد في وجوب الردّ حينئذٍ؛ لأنّ هذا الملك ثبت على طريق القهر، ↑ ج ٣٧ / ١٣٣

(١) إيضاح الفوائد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ١٨١ (بتصرّف).

(٢) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢١٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الواجب ج ٢ ص ٣٨٥ (الطبعة الحجرية).

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٧٢.

(٥) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٨.

لأجل عدم وصول ملك المالك إليه».

«فإن كان على جهة البدليّة فإذا استحقّ المالك ملكه وجب عود مال الغاصب إليه؛ لامتناع زوال البدليّة وعدم رجوع كلّ من البدلين إلى مالكه، وإن كان على جهة الحيلولة فقد زالت، فلا وجه لعدم الردّ أصلاً؛ لأنّ الحال دائر بين الأمرين...»[1] إلى آخره.

وإن كان يرفع عجبه: ما ذكرناه من احتمال تماميّة ملك المالك لما أخذه على وجهٍ لا تسلّط للغاصب على فسخه، فإنّ له الرضا بما قبضه عوضاً عن ماله كما عرفت.

وعلى كلّ حال، فلا إشكال ـ بناءً على ما ذكرنا ـ في أنّ للغاصب التسلّط على جبره على ردّه حينئذٍ، لكن ردّ عينه خاصّة أو بدلها، لا نمائها المنفصل الذي صار في ملكه، أمّا المتّصل فيردّه مع العين على حسب غيره ممّا يملك متزلزلاً.

وعلى هذا يكون معنى قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[2] بيان أنّ أخذها موجب لضمان ما أخذته بتلف أو حيلولة مثلاً أو قيمةً حتّى تؤدّي العين، إلّا أنّه لا وجود للغاية مع التلف فيستقرّ الملك على المضمون؛ بخلاف الحيلولة؛ فإنّ الغاية محتملة الحصول، فإذا حصلت ارتفع ضمانها السابق واللاحق؛ على معنى: رجوع ما دفعه من

---

(١) المصدر قبل السابق.

(٢) تقدّم في ص ١١٢.

المثل والقيمة بسبب الضمان إليه.

مؤيّداً ذلك: بمعلوميّة أنّ ما دفعه بسبب ضمانه قد كان بدلاً عن العين لمكان الحيلولة، فيعود إلى صاحبه بعود المبدل إلى صاحبه.

واحتمال: عدم استحقاقه العود؛ باعتبار أنّه دفعه غرامة شرعيّة، وخصوصاً مع تلف عينه، ويكون ذلك هو وجه الإشكال في عبارة الفاضل.

↑ ج ٣٧ / ١٣٤

واضح الفساد؛ ضرورة منافاته للاتّفاق ظاهراً ـ بل هو قد صرّح في المقامين بالترادّ ـ وللبدليّة التي ذكرناها، وللغاية التي فسّرناها، وللاعتبار، بل لا يبعد كونه من الجمع بين العوض والمعوّض الممنوع.

فليس إشكاله حينئذٍ إلّا في تسلّط الغاصب على جبره على ذلك، أو أنّ له الرضا به عوضاً عمّا غصب منه.

والأقوى ـ بناءً على ما ذكرناه ـ أنّ له جبره، بل في احتمال: أنّ له الحبس حتّى يدفع إليه؛ لأنّه وإن لم يكن معاوضة حقيقةً فهو كالمعاوضة، وإن كان الأصحّ خلافه كما ذكرناه، فلو حبسه وتلف كان ضامناً لقيمته الآن ويرجع بما دفعه أوّلاً.

بل يقوى ذلك وإن قلنا بجواز حبسه كما هو ظاهر عبارة القواعد السابقة؛ وذلك لأنّ حكم الغصب قد زال على تقدير جواز الحبس، فهي يد غير الأُولى لكونها مستحقّة، إلّا أنّها يد ضمان أيضاً كالقبض بالسوم، لأنّه الأصل في كلّ يد قد استولت على مال الغير إلّا ما خرج من الوديعة

واللقطة ونحوها[١]، كما حرّرناه غير مرّة.

ومن هنا جَعَل[٢] الضمان في المقام بقيمته يوم التلف، مع أنّ مذهبه ضمان المغصوب بأعلى القيم؛ إذ ليس هو إلّا لخروج اليد عن حكم الغصب باستحقاق الحبس ووجوب ردّ المالك القيمة الأُولى.

وبذلك يظهر لك ما في المحكي عن السيّد العميد في شرحه للعبارة، قال: «هذا إنّما يتمشّى على وجوب قيمة يوم التلف، أمّا لو أوجبنا الأكثر كان له الأكثر من القيمتين: الأُولى والثانية»[٣].

وإن وجّهه في جامع المقاصد بأنّه «إن كان الأقلّ هو القيمة الأُولى فقد دفعها عوضاً عن العين باستحقاق، فلا يجب ما سواها، وإن كان الأقلّ هو الثانية فهي المستحقّة بالتلف؛ لأنّ الأُولى للحيلولة، وقد زالت بجواز الحبس»[٤].

↑ ج ٣٧ / ١٣٥

ولكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه، وبعد الإغضاء عن لفظ «الأقلّ» في كلامه، الذي قيل: «إنّه من سهو القلم، وإلّا فالمراد: الأكثر»[٥]، بل في جامع المقاصد ـ بعد التوجيه المزبور ـ قال: «وفيه نظر؛ لأنّ المدفوع للحيلولة لم يكن عوضاً عن العين قطعاً، ولهذا

---

(١) الأولى التعبير بـ«ونحوهما».

(٢) كما تقدّم في عبارته في ص ١٩٧.

(٣) كنز الفوائد: كتاب الغصب ج ١ ص ٦٦٢.

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٦٢.

(٥) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٩٠.

لا تخرج بذلك عن ملك المالك، ولا يستقرّ ملكه على المدفوع حيث[١] كانت العين باقية على ملك المالك مضمونة على الغاصب، وخرج بجواز الحبس إلى أن يقبض القيمة عن كونه غاصباً، فوجبت[٢] قيمته يوم التلف»[٣].

وإن كان قد يناقش: بإمكان بقاء حكم الغصب ـ وهو ضمان الأعلى؛ للأصل ـ وإن خرج عن مسمّاه وعن الإثم ببقائه تحت يده، والأمر سهل بعد أن كان المختار وجوب القيمة يوم التلف.

إلّا أنّ المتّجه في المقام بناءً على ذلك أنّه يستقرّ ملك المالك على ما أخذه للحيلولة من القيمة إذا فرض اتّحادها في الزمانين، كما أنّه يتّجه مطالبة المالك بالزائد إذا فرض كونها أعلى يوم التلف؛ ضرورة بقائها على ضمان الغاصب. أمّا إذا فرض العكس ففي تسلّط الغاصب على استرجاع الزائد نظر، أقواه العدم؛ للأصل، ولأنّ دفعه مستحقّاً[٤] عليه... وغير ذلك.

ومن هنا يتّجه ما ذكره المعظم من ضمان أعلى القيم في هذا القسم، بل يتّجه أيضاً ضمان ما يتلف من العين المغصوبة من النماء المتّصل والمنفصل كما جزم به في جامع المقاصد[٥]، وإن استشكل فيه

(١ و٢) في المصدر: وحيث... وجبت.

(٣) تقدّم المصدر آنفاً.

(٤) الأولى التعبير بـ «مستحقّ».

(٥) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٧٣.

الفاضل في القواعد[١]؛ من حيث إنّه لم يدخل تحت يده التي هي سبب الضمان؛ لأنّ الفرض تجدّده بعد دفع القيمة وبراءته من العين، فأولى بأن يبرأ من النماء.

↑ ج ٣٧ / ١٣٦

وفيه أوّلاً: أنّه سبب تلفه على المالك. وثانياً: منع براءته من الضمان للعين ـ فضلاً عن نمائها ـ للأصل، ولذا قلنا بوجوب القيمة عليه يوم التلف مع فرض كونها أعلى من يوم الحيلولة؛ إذ الدفع لها لا يقتضي البراءة من الضمان.

نعم، لو فرض تلفها ولم يكن لها نماء ولا زادت قيمتها كانت قيمته يوم الحيلولة مجزئة؛ إذ لا يجب للعين الواحدة قيمتان. اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ ذلك كلّه داخل في القيمة المدفوعة بدلاً عنها، كالمنافع في أحد القولين على ما ستسمع إن شاء الله.

بقي شيء: وهو أنّه لو أخذ المالك قيمة الحيلولة في الأيدي المتعاقبة مثلاً من الأوّل مثلاً، فاستحقّ هو الرجوع بما أدّاه للمالك على من حصلت الحيلولة في يده من الأيدي المتأخّرة، أمكن القول بملكه له متزلزلاً على حسب ملك المالك له لو رجع به ابتداءً، وعلى حسب ملك ما دفعه هو إليه؛ لأنّه يأخذه بدلاً عمّا دفعه للمالك باعتبار حصول المغصوب في يده، فيملكه على حسب ملك المالك لما أخذه منه، فإذا عادت العين ورجعت إلى المالك عاد هو بما دفعه للمالك، وعاد من

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٠ ـ ٢٣١.

كانت الحيلولة في يده بما أخذه الغاصب الأوّل منه، إلّا أنّ نماء الأوّل للمالك ونماء الثاني للغاصب.

واحتمال القول هنا بعدم جواز رجوع ذي اليد الأُولى على من حصلت الحيلولة في يده، بل يختصّ الحكم في خصوص التلف.

واضح الفساد؛ ضرورة اتّحاد المدرك في الجميع، كما لا يخفى على من أحاط خبراً بما ذكرناه في مسألة الأيدي المتعاقبة.

ثمّ إنّ الحيلولة ـ التي تبقى العين فيها على ملك المالك وإن ملك القيمة ـ إنّما هي مع معلوميّة بقاء العين على ملك مالكها إلّا أنّه منع مانع من تسليمها.

ج ٣٧ / ١٣٧

أمّا إذا كانت الحيلولة تقتضي زوال ملك المالك عنها في ظاهر الشرع ـ كالإقرار بالغصب بعد البيع، وكالشهادة على أنّها مال الغير... ونحو ذلك ممّا يحكم به في ظاهر الشرع أنّ العين لغير من أقرّ له المقرّ ـ فإذا دفع القيمة للمالك فهل العين أيضاً تبقى على ملك مالكها كالقسم الأوّل من الحيلولة، أو تنزّل هذه الحيلولة منزلة التلف، فيملك الحائل ـ إذا أدّى للمالك ـ العين التي حال بينها وبين مالكها بالإقرار؟

لم أجده محرّراً هنا، بل ظاهرهم فيما يأتي الأوّل، ولكنّ الثاني محتمل، وربّما يشهد له بعض الكلام السابق في باب الإقرار، والله العالم.

﴿و﴾ على كلّ حال، فلا خلاف[1] ولا إشكال في أنّ ﴿على

---

(١) كما في ظاهر كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٤٨.

الغاصب الأُجرة إن كان ممّا له أُجرة في العادة من حين الغصب إلى حين دفع البدل﴾ بل الإجماع بقسميه عليه[١]؛ لما عرفته فيما تقدّم من ضمان كلّ ما فات في يد الغاصب ولو بآفة سماويّة؛ إذ المنافع أموال فتضمن كالأعيان.

نعم، ظاهر قول المصنّف وغيره[٢]: «فيما له أُجرة في العادة» إخراج نحو غصب الغنم والمعز والشجر حيث لا منفعة له تستأجر عادةً، كما عن المبسوط التصريح به[٣].

مع أنّه قيل: «إنّ كلام الحلّي والفاضل والكركي وثاني الشهيدين في كتاب الإجارة ـ في مسألة ما لو استأجر تفّاحة للشمّ أو دراهم أو دنانير للزينة ـ ينافي ذلك»[٤].

إلّا أنّ التحقيق خلافه وإن قلنا بصحّة الإجارة في مثلها، لكنّها لا تعدّ عرفاً إتلاف مال على الغاصب مع فرض عدم استعدادها لذلك.

نعم، لو تعدّدت المنافع ـ كالعبد الخيّاط والحائك ـ ففي القواعد[٥] وعن غيرها[٦]: لزم أعلاها ﴿و﴾ ستسمع تحقيق ذلك عند تعرّض

---

(١) ينظر الخلاف: الغصب / مسألة ١١ ج ٣ ص ٤٠٢ ـ ٤٠٣، والسرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٩ ـ ٤٩٠، وتذكرة الفقهاء: الغصب/في المضمونات ج ٢ ص ٣٨١ (الطبعة الحجرية).

(٢) كالكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١٠٦٤ ج ٣ ص ١٧٠.

(٣) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٥.

(٤) مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٥٧ ـ ١٥٨.

(٥) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٦.

(٦) كجامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٤٨.

المصنّف له إن شاء الله تعالى .

بل ﴿قيل﴾ كما في التذكرة[١] ومحكيّ المبسوط[٢] وظاهر غيرهما[٣] : إنّه يضمن الأُجرة المزبورة ﴿إلى حين إعادة المغصوب﴾ فالمنافع المتجدّدة ـ بين دفع القيمة للحيلولة وبين ردّ العين أو تلفها ـ مضمونة .

ج ٣٧ / ١٣٨

﴿و﴾ إن كان ﴿الأوّل أشبه﴾ عند المصنّف بأُصول المذهب وقواعده التي منها : أصل البراءة ، وأنّ القيمة المأخوذة منزّلة منزلة المغصوب فكأنّه عاد إليه ، بل هي الواجبة عليه وقد دفعها فبرئ ، وأنّه استحقّ المالك الانتفاع بالقيمة التي هي عوض وبدل في المعنى ، فلم يبق له على الغاصب حقّ في ذلك المال ، وإلّا لم تكن فائدة للغاصب في الدفع .

ولكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه من بقاء العين المغصوبة على ملك المالك ، وعلى وجوب ردّها على الغاصب مع التمكّن ، وعلى ضمانها وضمان نمائها ، وأنّ القيمة للحيلولة غرامة شرعيّة ثبتت بالأدلّة ، وهي لا تقتضي براءةً ولا تغييراً للحال الأوّل .

ومن هنا قال في جامع المقاصد : «إنّ الذي يقتضيه النظر : الوجوب؛ لبقاء الغصب كما كان ، نعم على القول بأنّ للغاصب حبس

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في المضمونات ج ٢ ص ٣٨١ و٣٨٢ (الطبعة الحجرية).

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٥.

(٣) كإرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٧.

المغصوب إلى أن يقبض البدل يتأتّى عدم وجوب الأُجرة بعد دفعه»[١].

وإن كان فيه: إمكان القول بالوجوب حتّى على التقدير المزبور؛ ضرورة عدم المنافاة بين البقاء على حكم الغصب بالنسبة إلى ذلك ـ كضمان النماء ـ وبين جواز الحبس له، كما أشرنا إليه سابقاً.

فالتحقيق: الوجوب، وخصوصاً إذا كان تعذّر الردّ ناشئاً عن اختيار الغاصب، بل قد يقال: بوجوب الأُجرة حتّى مع استمرار الاشتباه وعدم معرفة كون المغصوب باقياً أو تلف على وجهٍ لا تكون له أُجرة ـ إن لم يكن إجماعاً على خلافه ـ للأصل، فتأمّل، والله العالم.

﴿ولو غصب شيئين ينقص قيمة كلّ واحد منهما إذا انفرد عن صاحبه؛ كالخفّين﴾ اللذين قيمتهما مجتمعين ـ مثلاً ـ عشرة، وقيمة كلّ واحد منفرداً ثلاثة ﴿فتلف أحدهما ضمن[٢] التالف بقيمته مجتمعاً﴾ وهو خمسة ﴿وردّ الباقي وما نقص من[٣] قيمته بالانفراد﴾ وهو اثنان، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ـ إلّا من الشهيد إن كان خلافاً كما ستعرف ـ بل ولا إشكال؛ لضمان الغاصب كلّ نقص يكون في يده على المغصوب ولو من حيث الاجتماع والانفراد اللذين فرض مدخليّتهما في القيمة.

↑ ج ٣٧ / ١٣٩

ولكن في اللمعة في الفرض: «يضمن قيمة التالف مجتمعاً»[٤]. وهو

---

(١) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٧٣.

(٢ و٣) في نسخة الشرائع بدلها: يضمن... عن.

(٤) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الغصب ص ٢٣٥.

يقضي بأنّه لا يلزمه إلّا خمسة، ولعلّه لأنّه لم يتلف غيره، ولأنّ نقص الباقي نقص سوق فلا يضمن.

وفيه: أنّه تلف مع صفة الاجتماع المشتركة بينهما، والفرض ضمانها. ونقص السوق الذي لم يضمن هو الذي لا يكون بسبب شيء في المغصوب ولو وصفاً، لا المفروض الذي هو كفكّ تركيب باب، كما هو واضح.

﴿وكذا﴾ الكلام ﴿لو شقّ ثوباً﴾ موضوعاً على الشقّ ﴿نصفين، فنقصت قيمة كلّ واحد منهما﴾ منفرداً ﴿بـ﴾ واسطة ﴿الشقّ﴾ المزبور وإن لم ينقص مجموعهما، ولو لأنّ منفعة أحدهما متوقّفة على الآخر لصغر النصف عن الاستقلال وعدم وجود مماثل له ﴿ثمّ تلف أحدهما﴾ فإنّه يغرم قيمة النصف الذاهب مجتمعاً ويردّ الباقي مع أرش نقصانه الحاصل بالانفراد؛ إذ هو حينئذٍ كمسألة الخفّين وإن أوهم التعبير خلافه، إلّا أنّ التشبيه بهما شاهد على ما ذكرناه.

نعم، لو فرض مع ذلك حصول نقص عليهما بالشقّ ضمنه أيضاً حتّى لو ردّهما، وهو واضح كوضوح عدم شيء عليه غير التعزير لو ردّهما والفرض عدم نقص قيمتهما بالشقّ.

﴿أمّا لو أخذ فرداً من خفّين يساويان عشرة﴾ مثلاً ﴿فـ﴾ أتلفه أو ﴿تلف في يده، وبقي الآخر في يد المالك ناقصاً عن قيمته﴾ مجتمعاً ﴿بسبب الانفراد﴾ الحاصل له بعد غصب الآخر ﴿ردّ قيمة التالف[1]

ج ٣٧ / ١٤٠

(١) في نسخة المسالك بعدها إضافة: ان.

لو كان منضمّاً إلى صاحبه﴾ بلا خلاف؛ إذ هو كما لو أتلف رجل أحدهما ﴿و﴾ الآخر الآخر.

نعم ﴿في ضمان ما نقص من[1] قيمة الآخر تردّد﴾ كما في محكيّ التحرير[2]: من أنّه لم يدخل تحت يده كي يكون مضموناً عليه كالأوّل، ومن عدم انحصار الضمان في الغصب، بل من التسبّب الصادق في المقام، كحبس المالك عن ماشيته، وقوّاه في محكيّ الإيضاح[3] وجامع المقاصد[4]، وفي المسالك: «هو الأصحّ»[5] كفكّ أجزاء الباب والسرير ونحوهما ممّا لم يعتبر فيهما إلّا الجزء الصوري الذي هو كالاجتماع في زوجي الباب والخفّ.

إلّا أنّه قد عرفت تحقيق الحال عندنا في مثل الضمان بذلك ونحوه ممّا لم يتّضح لنا اندراجه في المستفاد من نصوص الضمان به، والأصل البراءة.

وعلى الأوّل يكون المضمون حينئذٍ سبعة، وعلى الثاني خمسة، ويحتمل كونه ثلاثة وإن لم أجد به قائلاً، باعتبار أنّه قيمة المتلف؛ لأنّ تلفه في يده لم يكن إلّا حالة التفريق، فمع فرض اعتبار قيمة يوم التلف يتّجه ضمان الثلاثة التي هي قيمته.

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: عن.

(٢) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٦.

(٣) إيضاح الفوائد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ١٨٠.

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٧٠.

(٥) مسالك الأفهام: الغصب / في الأحكام ج ١٢ ص ٢٠٣ ـ ٢٠٤.

وفيه: أنّ ضمان الخمسة باعتبار تلفه عنده مضموناً عليه منضمّاً؛ لأنّ الفرض غصبه كذلك، وأمّا الاثنان فضمانهما ـ على تقدير القول به ـ من التسبّب الذي لا ينافي ضمان القيمة يوم التلف.

ومن هنا لم يُقطع لو أخذه على وجه السرقة، وكان قيمته مع نقصان الثاني نصاباً، بل عن التذكرة الإجماع عليه، قال فيها: «لو أخذ أحدهما على صورة السرقة وقيمته مع نقصان الثاني نصاب لم يقطع إجماعاً؛ لأنّ الزائد إنّما ضمنه في ذمّته بتفريقه بين الخفّين، فكان كما لو ذبح شاةً تساوي ربع دينار في الحرز ثمّ أخرجها وقيمتها أقلّ، فإنّه لا يقطع، فكذا هنا»[1].

↑ ج ٣٧ / ١٤١

قلت: لا إشكال في عدم القطع بالنقصان في الثاني المفروض تتمّة النصاب به؛ لعدم كونه من السرقة، إنّما الكلام في نقصان المسروق نفسه، والظاهر عدمه أيضاً؛ لأنّ نقصانه وإن كان مضموناً عليه لكنّه غير داخل في المسروق نفسه، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فلا خلاف عندنا ولا إشكال في أنّه ﴿لا يملك[2]﴾ الغاصب ﴿العين المغصوبة بتغييرها[3]﴾ بعمل من الأعمال ﴿وإخراجها عن الاسم والمنفعة، سواء كان ذلك بفعل الغاصب أو

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩١ (الطبعة الحجرية).

(٢) في نسخة المسالك: لا تملك.

(٣) في نسخة الشرائع: بتغيّرها.

فعل غيره؛ كالحنطة تطحن، والكتّان يغزل وينسج﴾ للأصل والإجماع بقسميه، خلافاً لأبي حنيفة كما قدّمنا الكلام فيه سابقاً[١].

ولا شيء للغاصب عن عمله الذي هو غير محترم بسبب عدم الإذن فيه وإن زادت به القيمة، بل إن كان ممّا يمكن ردّه إلى الحالة الأُولى وأراد المالك ردّه وجب على الغاصب ذلك، ويضمن أرش النقص إن كان.

نعم، لو يرضى المالك ببقائه على الحالة لم يكن له ردّه؛ لحرمة التصرّف في مال الغير، بل هو كذلك مع الجهل بحاله أيضاً، كما أنّه للمالك إذا لم يمكن ردّه كطحن الحنطة، وأرش نقصه ـ إن فرض ـ على الغاصب، وذلك كلّه واضح.

﴿ولو غصب مأكولاً﴾ مثلاً ﴿فأطعمه المالك﴾ بأن قال له: هذا ملكي وطعامي، أو قدّمه إليه ضيافةً... أو نحو ذلك ممّا يتحقّق به الغرور منه ﴿أو شاةً فاستدعاه﴾ و﴿ذبحها مع جهل المالك ضمن الغاصب﴾ بلا خلاف[٢] ولا إشكال وإن كان المالك المباشر للإتلاف ولتسلّم المال، إلّا أنّه ليس تسليماً تامّاً يتصرّف به المالك تصرّف الملّاك في أملاكهم على أنّه مال له.

ج ٣٧ / ١٤٢

وكذا لو أودعه المالك أو آجره إيّاه أو أعاره إيّاه عاريةً غير مضمونة

---

(١) في ص ١٢٣ ـ ١٢٤.

(٢) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / في الضمان ج ١٨ ص ١٠١.

أو أرهنه؛ فإنّ التسليم في ذلك كلّه غير تامّ وباقٍ على ضمان الغاصب ولو للشكّ في صدق الأداء معه. بل قد يشكّ في صدقه مع تعميم الانتفاع مع عدم التمليك اللازم؛ لعدم كون يده حينئذٍ يد مالك كما كانت على المغصوب.

نعم، لو وهبه المالك هبة لازمة أو أقرضه له كان تسليماً تامّاً؛ ومن هنا لو دفع إليه عوض حقّه ـ الثابت عليه ـ على سبيل الهبة اللازمة، فأخذه المالك على هذا الوجه ونوى الدافع عن حقّه كان وفاءً على الأقوى كما عن التذكرة[1].

بل صرّح غير واحد بالاكتفاء في ذلك بالإهداء[2]، ومقتضاه جريان مثله في المقام؛ ضرورة عدم الفرق بين الغاصب والمديون بالنسبة إلى ذلك بعد أن كان الاعتبار بنيّته في التشخيص دون الديّان؛ ولذا يجب عليه القبول لو بذله.

ولا يشترط في كلّ منهما الإعلام بكونه الدين أو المغصوب بعد الاستيلاء التامّ على وجه الملكيّة التامّة؛ ولذا اكتفى الأصحاب بالدسّ في المال على وجهٍ يكون في يده على أنّه من أمواله. وبالجملة: فالمدار على صدق الأداء في المقام.

---

(١) هذا حسب نقل عبارة التذكرة في مفتاح الكرامة: (ج ١٨ ص ١٠٣)، وصِيغتْ عبارة المصدر بشكل آخر، انظر تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٨ (الطبعة الحجرية).

(٢) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٧.

بل في القواعد أنّه «لو أمر الغاصب المالك بالأكل مع جهله بالحال فباعه، أو بالعكس، فالأقرب زوال الضمان»[١] لأنّه قد تصرّف باختياره ـ لا بقول الغاصب ـ فصادف التصرّف ملكه، ولأنّ العين لو كانت مملوكة للغاصب لكان على المتصرّف بمخالفة الآمر الضمان، وكلّ ما يقتضي الضمان على تقدير الملك لا يتصوّر فيه الغرور؛ إذ تغريره إنّما هو بكونه ملكاً له، وعلى تقدير الملك فالضمان ثابت. وبه جزم الكركي[٢].

ج ٣٧
١٤٣

لكن قد يناقش: بأنّه وإن كان غير مغرور لا يصدق عليه أنّه أدّى المال، والأصل بقاء الضمان. وكذا لو غصبه من الغاصب وأتلفه بنيّة العدوان منه.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّه وإن كان لا يصدق على تسليمه أنّه أداء، إلّا أنّه صار في عهدة المالك لو كان مملوكاً لغيره، ومثله يُسقط الضمان على من عليه الضمان ولو لظهور أدلّة الضمان في غير الفرض... أو غير ذلك.

وعلى كلّ حال، فلا إشكال في الضمان في مفروض المتن؛ لأنّ المباشرة ضعيفة بالغرور المانع عن استتباع الضمان المقتضي لعدم غرم الغاصب، وحينئذٍ فالسبب أقوى في الإتلاف الموجب للضمان. بل هو

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٥.

(٢) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٣٥.

المستقرّ عليه؛ لعدم تعقّل ضمان المالك لماله وإن قلنا بضمان المغرور في غير المقام، كما صرّح به من تعرّض له من الأصحاب[1] من غير نقل خلاف، بل عن التذكرة: أنّه الذي يقتضيه مذهبنا[2].

لكن في القواعد: «لو زوّج الجارية من المالك، فاستولدها مع الجهل، نفذ الاستيلاد وبرئ الغاصب، وفي الأرش إشكال»[3].

وفيه: منع براءته من الضمان مع عدم العلم بالحال، فلو تلفت قبل ظهور الحال وهي بيد المالك على أنّها زوجة وهي مملوكة للغاصب لم يبرأ؛ لكون التسليم غير تامّ.

كما أنّ فيه أيضاً: منع الإشكال في الأرش سواء قلنا: إنّه أرش ما ينقص منها بالولادة، أو إنّه تفاوت ما بين قيمتها طلقاً وقيمتها اُمّ ولد محتمل البقاء والموت ـ ولذا لا يعاد على الغاصب لو مات الولد؛ لأنّ العيب الذي ثبت لم يزل، وإنّما انقطع بعد مدّة، والمأخوذ أرشاً إنّما اُخذ على تقدير رجاء انقطاعه وعروض زواله ـ أو أنّ الأرش هنا مهر أمثالها أو العشر أو نصفه؛ ضرورة كون المفروض من مسألة الغرور التي قد عرفت عدم الخلاف في ضمان الغاصب، بل هو أيضاً ممّن جزم بذلك،

↑ ج ٣٧ / ١٤٤

---

(١) كالشيخ في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٨٩، وابن سعيد في الجامع للشرائع: باب الغصب ص ٣٤٩، والعلّامة في الإرشاد: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٦، والشهيد في اللمعة: كتاب الغصب ص ٢٣٥ ـ ٢٣٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٣٧٨ (الطبعة الحجرية).

(٣) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٥.

فالفرق بينهما غير جيّد ﴿و﴾ لا واضح.

نعم ﴿إن أطعمه﴾ أي الطعام ﴿غير المالك[١]، قيل﴾ والقائل غير واحد[٢]: إنّ المالك ﴿يغرّم أيّهما شاء﴾ للمباشرة والغصب ﴿لكن إن أغرم الغاصب لم يرجع على[٣] الآكل﴾ الذي هو مغرور له ﴿وإن أغرم الآكل رجع الآكل على الغاصب؛ لغروره﴾ الذي صار به مباشرته ضعيفة بالنسبة للسبب، فيكون قرار الضمان عليه.

﴿وقيل﴾ وإن كنّا لم نتحقّق قائله منّا: ﴿بل يضمن الغاصب من رأس، ولا ضمان على الآكل﴾ أصلاً ﴿لأنّ فعل المباشر ضعيف[٤] عن التضمين بمضامّة[٥] الاغترار، فكان[٦] السبب أقوى﴾ نعم هو قول الشافعي في القديم وبعض كتب الجديد[٧].

والمشهور عند الشافعيّة الأوّل[٨]، وهو الأصحّ؛ لأنّ ضعف المباشرة لا يبلغ حدّاً ينتفي به الرجوع عليه مع كونه متصرّفاً في مال الغير ومتلفاً له على وجهٍ يندرج في قاعدة «من أتلف مال غيره فهو له ضامن»[٩]،

---

(١) في نسخة الشرائع: «غيره» بدل «غير المالك».

(٢) كالشهيد الأوّل في اللمعة: كتاب الغصب ص ٢٣٦، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٥٥.

(٣) في نسخة الشرائع بدلها: إلى.

(٤) في نسخة المسالك: ضعف.

(٥) في نسخة الشرائع بدلها: بمظانة.

(٦) في نسخة الشرائع: وكان.

(٧ و٨) المجموع: ج ١٤ ص ٢٧٠.

(٩) أرسله في العناوين الفقهيّة: عنوان ٥٥ ج ٢ ص ٤٠٢.

ولكن ينجبر غروره برجوعه على الغارّ، بل لعلّ قوله عليه السلام : «المغرور يرجع على من غرّه»[١] ظاهر في ذلك كما تقدّم الكلام فيه سابقاً، والله العالم.

﴿ولو غصب فحلاً فأنزاه على الأنثى، كان الولد لصاحب الأُنثى وإن كانت للغاصب﴾ كما صرّح به الشيخ[٢] والحلّي[٣] والفاضل[٤] والشهيدان[٥] والكركي[٦] وغيرهم[٧] على ما حكي عن بعضهم، بل في جامع المقاصد: الإجماع عليه على الظاهر[٨]، وفي المسالك[٩] وغيرها[١٠]: نفي الخلاف فيه، بل يمكن تحصيل القطع به من السيرة المستمرّة في سائر الأعصار والأمصار على تبعيّة الولد في غير الإنسان للأُنثى من غير فرق بين الغاصب وغيره.

ج ٣٧ / ١٤٥

---

(١) أرسله في جامع المقاصد: النكاح / في التدليس ج ١٣ ص ٢٩٥، والعناوين الفقهيّة: عنوان ٥٩ ج ٢ ص ٤٤٣.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٦.

(٣) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٢.

(٤) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٨، إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٧، تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٨.

(٥) الشهيد الأوّل في الدروس: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٦، والشهيد الثاني في المسالك: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ٢٠٦.

(٦) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٢٢.

(٧) كابن سعيد في الجامع للشرائع: باب الغصب ص ٣٤٧.

(٨) الهامش قبل السابق.

(٩) انظره قبل أربعة هوامش.

(١٠) ككفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٥٠.

فتأمّل بعض الناس فيه بـ«أنّ الولد من[1] الفحل، فلا يكاد يوجد الفرق بينه وبين الحبّ إذا نبت في أرض الغير»[2].

في غير محلّه؛ إذ هو كالاجتهاد في مقابلة النصّ، على أنّه قيل: «يمكن الفرق: بأنّ النطفة لا قيمة لها، وليست مملوكة بعد انفصالها، ولا واجبة الردّ إلى مالك الفحل، والنشوء والنماء من الأُنثى، ولا كذلك الحبّ، فإنّه مملوك له قيمة ويجب ردّه»[3]. وإن كان فيه ما فيه، والله العالم.

﴿و﴾ كذا لا خلاف[4] ولا إشكال في أنّه ﴿لو نقص الفحل بالضراب ضمن الغاصب النقص﴾ كما في غيره من الأعيان المغصوبة.

﴿وعليه أُجرة الضراب﴾ عند أهل البيت عليهم السلام كما في محكيّ السرائر، بل فيه: «ما قاله شيخنا في مبسوطه من أنّ أُجرة الفحل لا تجب على الغاصب؛ لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله نهى عن كسب الفحل[5]، فهو حكاية مذهب المخالفين، فلا يتوهّم متوهّم أنّه اعتقاده»[6].

---

(١) في المصدر بدلها: منّي.

(٢) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٢٢.

(٣) مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٣٥١.

(٤) كما في مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ٢٠٦.

(٥) البدر المنير: ج ٦ ص ٤٩٠، وأرسله في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٦.

(٦) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٢.

﴿و﴾ لكن مع ذلك في المتن وغيره[١]: ﴿قال الشيخ في المبسوط: لا يضمن الأُجرة﴾.

﴿و﴾ على كلّ حال، فلا ريب في أنّ ﴿الأوّل أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده، بل لا أجد فيه خلافاً إلّا من الشيخ إن كان ﴿لأنّها عندنا ليست محرّمة﴾ وعن مكاسب التذكرة[٢] ونهاية الإحكام[٣]: نسبته إلى علمائنا، فتكون حينئذٍ منفعته محلّلة مضمونة عليه.

ج ٣٧ / ١٤٦

بل قد يقال: بضمانها بفواتها تحت يده وإن لم يستوفها، بل ينبغي الجزم به إذا كان ممّا يعتاد استئجاره لذلك، أمّا مع عدمه فلا يخلو من إشكال؛ إذ صحّة الإجارة أعمّ من الضمان بالغصب، وإلّا لوجب على من غصب تفّاحةً أُجرتُها للشمّ، أو دراهم أو دنانير أُجرتُها للزينة، بناءً على صحّة الاستئجار لذلك، والتزامه في غاية البعد؛ لعدم صدق فوات المال؛ ولعلّه لذا قيّد المصنّف[٤] وغيره[٥] ضمان الأُجرة بما إذا كان المغصوب ممّا له أُجرة في العادة.

وعلى كلّ حال، فعلى الغاصب أُجرة الضراب؛ لما عرفت. والنبوي المروي في غير طرقنا من «أنّه نهى ﷺ عن عسب الفحل»[٦] ـ أي

---

(١) كتحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٨.

(٢) تذكرة الفقهاء: البيع / في العوضين ج ١٠ ص ٦٧.

(٣) نهاية الإحكام: البيع / في المعقود عليه ج ٢ ص ٥٠٩.

(٤ و ٥) كما تقدّم في ص ٢٠٩.

(٦) سنن الدارمي: ج ٢ ص ٢٧٣، سنن أبي داود: ح ٣٤٢٩ ج ٣ ص ٢٦٧، المعجم الأوسط ←

ماؤه وضرابه ـ محمول على الكراهة أو على بيع مائه، فلا إشكال في الحكم حينئذٍ، والله العالم.

﴿ولو غصب ما له أُجرة وبقي في يده حتّى نقص؛ كالثوب يخلق والدابّة تهزل، لزمه الأُجرة والأرش ولم يتداخلا، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أو لم يكن﴾ بلا خلاف[1] ولا إشكال في الأخير، وإن قالوا[2]: لو انتقص العبد بسقوط عضو منه ـ مثلاً ـ بآفة يضمن الأرش والأُجرة لما قبله سليماً ولما بعده ناقصاً؛ إذ لا يعقل أُجرة شيء معدوم بعد عدمه.

أمّا الأوّل ـ وهو الذي يكون نقصه باستعماله ـ: فهو الذي صرّح به الشيخ[3] والفاضل[4] والشهيدان[5] والكركي[6] وغيرهم[7]، بل لا أجد فيه

← (للطبراني): ح ٩٢٣٣ ج ٩ ص ٩٦. سنن البيهقي: ج ٥ ص ٣٣٩.

(١) كما في ظاهر مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ٢٠٧.

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٧. جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

(٣) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٠.

(٤) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٦ ـ ٥٣٧. إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٧.

(٥) الشهيد الأوّل في الدروس: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٨. والشهيد الثاني في المسالك: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ٢٠٧.

(٦) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٥٠.

(٧) كالفخر في الإيضاح: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ١٧٤. والأردبيلي في مجمع البرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٤١.

خلافاً[١]؛ لأصالة عدم تداخل الأسباب، إذ فوات الأجزاء في يد الغاصب سبب لضمانها، والانتفاع سبب آخر لضمان الأُجرة، فلا يتداخلان كالأوّل.

لكن في القواعد[٢] والدروس[٣]: احتمال وجوب الأكثر من الأرش والأُجرة، وهو الضعيف من وجهي الشافعي[٤].

ج ٣٧ / ١٤٧

وأضعف منه تعليله[٥]: بأنّ النقصان نشأ من الاستعمال، وقد قوبل بالأُجرة، فلا يجب له ضمان آخر؛ وإلّا لوجب ضمانان لشيء واحد. ولأنّ نقص الأجزاء ملحوظ في الأُجرة؛ ولذا لم يضمنها المستأجر بل والمستعير، ولأنّ ما ينقص بالاستعمال تعتبر أُجرته زائدة على ما لا ينقص به، فلولا كونها ملحوظة لم تتحقّق الزيادة.

إذ كلّ ذلك لا يقتضي الأكثر المزبور، وإنّما يقتضي دخول الأرش في الأُجرة.

مع ما في الأوّل: من أنّ الأُجرة لم تجب للاستعمال، وإنّما تجب لفوات المنفعة على المالك، فتجب وإن لم تستعمل، كما أنّها تجب وإن

(١) كما في ظاهر كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٥٠.
(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٧.
(٣) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٨.
(٤) مغني المحتاج: ج ٢ ص ٢٨٦، المجموع: ج ١٤ ص ٢٤٢.
(٥) ذكر التعليل الأوّل مع ردّه في تذكرة الفقهاء: الغصب / في المضمونات ج ٢ ص ٣٨٢ (الطبعة الحجرية)، وذكر التعليلان الأخيران ـ مع تضعيفهما ـ في جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٥٠.

لم يفت شيء من الأجزاء، فلم يجب ضمانان لشيء واحد.

وفي الثاني: أنّا نمنع لحظ الأجزاء الناقصة في الأُجرة، ولِمَ لا يكون سقوط ضمانها للإذن في الاستعمال الشامل لإتلافها كالمستعير، وثبوت الزيادة المذكورة غير معلوم، وبتقديرها لا يدلّ على التداخل، كما أنّه مع فرض الملاحظة لا تداخل أيضاً، والله العالم.

﴿ولو أغلى الزيت﴾ مثلاً ﴿فنقص﴾ وزنه ﴿ضمن النقصان﴾ وإن لم تنقص القيمة، بلا خلاف أجده بين الخاصّة والعامّة[1].

بل وإن زادت قيمته على ما قبل الغليان؛ لأنّه مثليّ يضمن بمثله، وعمله الذي قد زاد به ـ الواقع تبرّعاً ـ لا يقوم مقام ذلك. فما في المسالك ـ من احتمال الردّ ولا غرامة؛ لأنّ ما فيه من الزيادة والنقصان يستندان إلى سبب واحد، فينجبر النقصان بالزيادة[2] ـ واضح الضعف؛ لما عرفت.

وإن نقصت قيمته دون عينه، ردّه مع أرش النقصان الذي هو مضمون عليه بالغصب.

وإن نقصا معاً ردّ مثل الناقص مع الباقي، إلّا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر ممّا نقص من العين، فيلزمه مع مثل الذاهب أرش نقصان الباقي؛ لأنّ الفرض عدم عود القيمة بعود الكمّيّة الأُولى.

↑ ج ٣٧ / ١٤٨

(١) نفى الخلاف بيننا وبينهم في مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٤٩.

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ٢٠٨.

ولو لم ينقصا معاً ردّه ولا شيء عليه، كما هو واضح.

﴿ولو أغلى عصيراً فنقص وزنه، قال الشيخ﴾ في محكيّ المبسوط[١] بل والخلاف وإن كنّا لم نتحقّقه[٢]: ﴿لا يلزمه ضمان النقيصة؛ لأنّها نقيصة الرطوبة التي لا قيمة لها﴾ إذ النار تعقد أجزاء العصير، ولهذا تزيد حلاوته ﴿بخلاف الأُولى﴾.

﴿وفي الفرق تردّد﴾ بل منع، ولذا كان أكثر المتأخّرين أو جميعهم على خلافه؛ وذلك لأنّ الواقع نقص محسوس في العين، فيجب بدله. مع منع معلوميّة كون الذاهب أجزاء مائيّة خاصّة؛ بخلاف الزيت وإن تفاوتا بالقلّة والكثرة.

وكذا يضمن النقص لو خلّل العصير ونقصت عينه دون قيمته، بل وكذا إذا صار الرطب تمراً والعنب زبيباً واللبن جبناً أو سمناً أو زبداً؛ ولعلّه لأنّ الجميع مثليّ وقد نقص نقيصة حسّيّة، فيضمن وإن زادت قيمته في الحال الآخر الذي هو الأقلّ. نعم، قد يشكل الضمان بالمثل باعتبار عدم المثل للأجزاء التالفة، فيتعيّن القيمة، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ١٤٩

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٨٢.

(٢) وقعت الحكاية في إيضاح الفوائد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ١٨٥.

﴿النظر الثالث﴾

﴿في اللواحق﴾

﴿وهي نوعان﴾ :

﴿النوع[1] الأوّل﴾

﴿في لواحق الأحكام، وهي مسائل﴾

﴿الأُولى﴾

﴿إذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب﴾ أو غيره فيه صنعةً اقتضت تلك الزيادة ﴿فإن كانت﴾ تلك الصنعة ﴿أثراً﴾ محضاً لا عيناً ﴿كتعليم الصنعة وخياطة الثوب﴾ بخيوط المالك ﴿ونسج الغزل وطحن الطعام﴾ وصياغة النقرة ﴿ردّه ولا شيء له﴾ بلا خلاف[2] ولا إشكال؛ لعدم احترام العمل بغير إذن من المالك، بل كانت تلك الصفات من توابع مال المالك، فلو أتلفها أو تلفت في يده كان ضامناً لها، كما تسمع تحقيقه إن شاء الله تعالى عند تعرّض المصنّف له.

﴿ولو[3] نقصت قيمته﴾ أي المغصوب ﴿بشيء من ذلك ضمن الأرش﴾ لما عرفته مكرّراً من كون يد الغاصب يد ضمان.

---

(١) أُشير في هامش المعتمدة إلى أنّ هذه الكلمة وردت في بعض النسخ.

(٢) صرّح بالحكم في الجامع للشرائع: باب الغصب ص ٣٤٧، وقواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٣ ـ ٢٣٤، وكفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٥١، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٦٧ ج ٣ ص ١٧٣.

(٣) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: وإن.

ج ٣٧ / ١٥٠

كما عرفت فيما تقدّم أنّه إن لم يمكن ردّه إلى الحالة الأُولى ردّه إلى مالكه بحاله مع أرش النقصان إن كان، وإن أمكن ردّه إلى الحالة الأُولى: فإن رضي به المالك لم يكن للغاصب ردّه إلى ما كان، وإن ألزمه الردّ إلى الحالة الأُولى لزمه ذلك مع أرش النقص عمّا كان قبل تلك الزيادة.

ولا يجبر على رفاء الثوب الذي شقّه وإصلاح الإناء الذي كسره مع الأرش بعد ذلك؛ للأصل ولأنّه لا يعود إلى ما كان بذلك، بل يضمن الأرش خاصّة. كما أنّه لا يضمن تلك الزيادة بتلك الصنعة بعد الأمر له بالردّ المقتضي لإتلافها، وإنّما يضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة بالكسر.

كما صرّح بذلك كلّه الفاضل في القواعد، قال فيها: «ولو صاغ النقرة حليّاً ردّها كذلك، فلو كسر ضمن الصنعة، وللمالك إجباره على ردّها نقرة، ولا يضمن أرش الصنعة، ويضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة»[1]. ونحوه المحكي عن التحرير[2] والدروس[3] وغيرهما[4].

لكن قد يشكل أوّلاً: أصل الإجبار ـ بعد عدم الضرر على المالك والضرر على الغاصب ـ بقاعدة نفي الضرر والضرار، مع منع عدم صدق التأدية بنحو ذلك.

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٤.

(٢) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٨.

(٣) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١١.

(٤) كجامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٩٤ ـ ٢٩٥.

ويدفع: بقاعدة تسلّط الناس على أموالهم، وهو الذي أدخل الضرر على نفسه بتعدّيه، وبأنّه لا ريب في عدم تأديته كما غصب، وهو واضح.

وثانياً: بأنّه لا فرق بين أصل النقرة وبين الصنعة بعد صيرورتها ملكاً للمالك، فإن كان الأمر بالردّ إذناً بإذهابها ـ فلا تضمن ـ فكذلك هو إذن في النقصان بعد فرض لزومه لردّها نقرةً.

واحتمال الفرق[1]: بأنّ الصياغة جناية من الغاصب على مال المالك، والنقص بالكسر مسبّب عنها فيضمنه، وأمر المالك بإعادة العين كما كانت لا يقتضي سقوط الضمان؛ لبقاء الغصب المقتضي للضمان إلى حصول التسليم التامّ حتّى لو تلفت العين في حال ردّها إلى البلد وقد أمره بذلك، بخلاف الصنعة التي لم تكن العين عليها في وقت الغصب ولم تستقرّ للمالك في ذمّة الغاصب.

↑ ج ٣٧ / ١٥١

يقتضي عدم ضمانه الصنعة حتّى لو تعمّد إتلافها؛ لعدم دخولها ابتداءً تحت يد ضمانه.

بل يقتضي عدم الضمان لو أعلف الدابّة المغصوبة حتّى سمنت وقد كانت في مكان بعيد، ثمّ أمره المالك بردّها فوراً على وجهٍ يستلزم فوات سمنها.

بل قد يقال[2]: إنّه يقتضي عدم الضمان لو غصبه من المالك سميناً،

---

(١) ذكره ـ وأشكله ـ في جامع المقاصد: (المصدر السابق: ص ٢٩٥).

(٢) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٦١.

ونقله إلى مكان بعيد محافظاً على بقاء سمنه، ثمّ أمره المالك بردّه فوراً على وجهٍ يقتضي زوال السمن المزبور؛ لعدم الجناية منه في وجود السمن.

ولعلّه لذلك كلّه التزم بعض الناس بضمان الصنعة[1]، وقال في جامع المقاصد: «وفي الفرق نظر ينبغي تأمّله». ثمّ قال: «ويختلج بالخاطر فرق ينبغي تأمّله بعد ذلك: وهو أنّ طلب المالك ردّ الحليّ نقرةً يقتضي عدم قبول الصنعة، بخلاف ردّ السمين إذا استلزم ردّه الهزال، وبخلاف نقصان العين بالكسر، فإنّه لا يقتضي ذلك. ولا منافاة بين ملكيّة السمن والرضا بها، وطلب الردّ على الفور وإن علم هزاله به للاعتماد على كون ما ينقص من العين مضموناً عليه»[2].

وفيه: أنّه يمكن تقرير مثله في الصنعة؛ بأن يقال: إنّ أمره في الردّ للاعتماد على ضمان كلّ نقص يكون بذلك وإن علم استلزامه لخراب الصنعة.

ثمّ قال: «ويمكن أن يفرّق بوجه آخر: وهو أنّ الأمر بردّ الحليّ نقرةً يدلّ على عدم قبول الصنعة والترخيص في إتلافها، بخلاف ما ينقص بالكسر؛ لأنّ الأمر بالكسر لا يقتضي[3] قبول الناقص من الفضّة وإن كان

---

(١) المصدر السابق.

(٢) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٩٥ ـ ٢٩٦.

(٣) في المصدر بعدها إضافة: عدم.

لازماً عنه لا محالة؛ فهو محسوب من جملة المؤونة الواجبة على الغاصب، فإنّه لو أمره المالك بردّ الدابّة إلى بلد الغصب وكان ذلك مستلزماً للهزال لا يكون دالاًّ على عدم إرادة السمن والترخيص في إتلافه، فيكون من باب المقدّمة كالعلف والسقي»[1].

ج ٣٧ / ١٥٢

قلت: لا يخفى عليك ما فيه من التشويش وصعوبة الفرق بين ما ذكره من الوجهين، وإن حاول الفرق بينهما بفهم العرف الإذن في الصنعة وعدمها في السمن، والعلم باستلزام الردّ الهزال لا يقتضي الإذن. نعم، لو صرّح أو علم من حاله عدم إرادة السمن المنافي للتضمين ـ لأنّ من عادته ركوب الدابّة المضمرة ـ اتّجه حينئذٍ عدم الضمان، كما هو واضح.

أو بإمكان الجمع بين إرادة وصولها إليه مع إرادة بقائها سمينة وإن كان لا يتحقّق في الخارج، بخلاف إرادة ردّها نقرةً مع الصنعة؛ إذ هي النقرة المصنوعة المأمور بردّها نقرةً أي بلا صنعة، كما هو واضح بأدنى تأمّل؛ فإنّ مرجعه إلى عدم ضمان كلّ ما أمر به المالك من إتلاف ماليّته لماله كأصل المال، بخلاف ما لم يكن مأموراً به ممّا هو مضمون على الغاصب وإن كان هو لازم تحقّق المأمور به في الخارج المفروض استحقاق الغاصب إيّاه؛ فإنّه ليس لازماً لأمره، فبقي على قاعدة الضمان، والله العالم.

(١) الهامش قبل السابق: ص ٢٩٦.

﴿وإن كانت[١]﴾ زيادة القيمة في المغصوب لأنّ الغاصب قد زاد فيه ﴿عيناً﴾ محضةً كالغرس ونحوه ﴿كان له أخذها وإعادة المغصوب وأرشه لو نقص﴾ كما تسمع تفصيل الكلام فيه إن شاء الله عند ذكر المصنّف له.

﴿و﴾ إن كانت غير محضة كما ﴿لو صبغ الثوب﴾ المغصوب بصبغ منه؛ فإن كان الحاصل مجرّد تمويه لا يحصل منه عين لو نزع فليس للغاصب النزع إن رضي المالك، وله إجباره عليه في أقوى الوجهين؛ لأنّ الواجب عليه إعادة العين كما كانت، ولأنّه قد يريد تغريمه أرش النقصان الحاصل وإزالته. ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لأنّه كقصارة الثوب.

وإن كان الحاصل بالصبغ عيناً لا أنّه تمويه محض؛ فإن كان يمكن فصله ﴿كان له إزالة الصبغ بشرط ضمان الأرش إن نقص الثوب﴾ وإن لم يأذن المالك، بل وإن منع، وفاقاً للشيخ[٢] وابني زهرة[٣] وإدريس[٤] والفاضل في أكثر كتبه[٥] والشهيدين[٦]

ج ٣٧ / ١٥٣

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: كان.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٧، الخلاف: الغصب / مسألة ١٩ ج ٣ ص ٤٠٦.

(٣) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٧٩.

(٤) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨١.

(٥) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٤، تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٨، إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٧.

(٦) الشهيد الأوّل في اللمعة: كتاب الغصب ص ٢٣٥، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٥١.

والكركي[١] وغيرهم[٢] على ما حكي عن بعضهم، بل في المسالك: أنّه الأشهر[٣]، بل في المختلف[٤] والتنقيح[٥]: هو المشهور، بل في الرياض: أنّه المشهور خصوصاً بين المتأخّرين[٦].

ومن الغريب بعد ذلك كلّه ما في الإيضاح من أنّه «لا خلاف في منع الغاصب من الإزالة لو نقص الثوب بها، ولا في إجابته مع عدم هلاك الصبغ وعدم نقص الثوب أصلاً»[٧].

اللّهمّ إلّا أن يريد بذلك مع العلم بالنقص بعد حمل عبارات الأصحاب على النقص المحتمل. إلّا أنّه ـ كما ترى ـ منافٍ لإطلاقهم، كمنافاة ما تسمعه من والده وغيره لما ذكره أخيراً من نفي الخلاف عن الإجابة.

وعلى كلّ حال، فلا ريب في أنّ المشهور ما عرفت، خلافاً للمحكي عن الإسكافي[٨] والفاضل في المختلف من أنّه «ليس للغاصب قلع الصبغ بدون إذن المالك، فإن لم يرض دفع قيمة الصبغ، ووجب على الغاصب قبوله»[٩].

---

(١) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٩٨ ـ ٢٩٩.
(٢) كالسبزواري في الكفاية: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٥١.
(٣) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢١٣.
(٤) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١١٨.
(٥) التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الثاني ج ٤ ص ٧٣.
(٦) رياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٣٨.
(٧) إيضاح الفوائد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ١٨٧.
(٨ و٩) مختلف الشيعة: (انظره قبل عدّة هوامش).

واستجوده في التنقيح، بل قال: «وعليه الفتوى»[١].

وفي الرياض ـ بعد أن حكاه عن خاله العلّامة البهبهاني في حاشيته على مجمع البرهان ـ قال: «وهو غير بعيد؛ نظراً إلى قواعدهم المقرّرة في الغصب»[٢].

بل في المختلف ـ بعد أن حكى عن المشهور الأوّل، واختار مذهب الإسكافي، محتجّاً: باستهلاك عين الغاصب، وعدم انتفاعه بصبغه، واستلزام قلعه التصرّف في مال الغير بغير إذنه ـ قال: «ومن العجيب إيجاب التمكين على المالك من أخذ الصبغ وإن تعيّب ثوبه وعدم قبول عوض الصبغ منه، وإجبار الغارس المستعير للأرض على أخذ قيمة الغرس من المالك إذا دفعها، مع أنّ المالك أذن في الغرس ولا ضرر عليه ولا على أرضه بأخذ الغرس، والمالك هنا لم يأذن في الصبغ وعليه ضرر في أخذه من ثوبه»[٣].

↑ ج ٣٧ / ١٥٤

وفيه: أنّ ذلك إنّما يرد على الشيخ المحكي عنه ذلك[٤]، أمّا على الأصحّ من عدم التسلّط على الإجبار المخصوص ـ كما بيّنّاه في محلّه[٥] ـ فلا عجب.

---

(١) انظر قبل أربعة هوامش: ص ٧٤.

(٢) انظر قبل أربعة هوامش: ص ٣٩.

(٣) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١١٨.

(٤) المبسوط: كتاب العارية ج ٣ ص ٥٥.

(٥) في ج ٢٨ ص ٣٢٣.

كما أنّ دليله لا يرجع إلى حاصل؛ ضرورة أعمّيّة مفروض البحث من استهلاك عين مال الغاصب وعدم انتفاعه به، أو أنّه مخصوص بما أمكن فصله على وجهٍ يكون مالاً. وعلى تقديره فقاعدة تسلّط الناس على أموالهم[1] ـ ولو إتلافاً ـ عامّة للأمرين. واستلزام القلع التصرّف في مال الغير لا يقتضي سقوط احترام مال الغاصب.

ودعوى[2]: أنّه كما أنّ وقوعه عدواناً لا يقتضي إسقاط ماليّة الغاصب ـ فله التصرّف فيه بالقلع ـ فكذلك عدوانه لا يقتضي نفي سلطنة المالك عن ملكه، فله أن يمنع الغاصب عن التصرّف فيه بالقلع، وحيث تعارض الحقّان ينبغي أن يترجّح جانب المالك؛ لعدم تقصيره وتداركه مال الغاصب بالقيمة، بل هو أولى كما مضى.

لا يخفى عليك ما فيها: من عدم اقتضاء ذلك ترجيح المالك على وجهٍ ينتقل إليه مال الغاصب بالقيمة قهراً على مالكه، بل أقصاه عدم تسلّط أحدهما على الآخر في ذلك، فتبقى قاعدة تسلّط الناس على أموالهم وقاعدة إيصال كلّ مال إلى صاحبه وغيرهما على حالهما، ولكن يولّي الحاكم من يخلّص كلّ مال عن الآخر ويوصله إلى صاحبه. أو نقول: بولاية ذلك إلى المالك؛ باعتبار دخول الغاصب عليه، فهو كمن ألقى في دار غيره شيئاً، فإنّ للمالك إزالته.

---

(١) تقدّمت الإشارة إليها في ص ٨٧.

(٢) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٧٠.

وبالجملة: ما ذكروه من الترجيح المزبور لا يقتضي الوجه المذكور وإن تمّوه باعتبارات لا تصلح مدركاً شرعيّاً. فالتحقيق ما ذكرناه، بل هو أولى من الشركة في المتساويين ـ التي أوجبنا فيها الإجبار بطلب أحد الشريكين ـ مع الإشاعة فيها دون المقام؛ ولذا قيّدوا بعدم الضرر هناك دونه هنا، فهو كمالين متلاصقين لشخصين لم يرض كلّ منهما بتخليصه من الآخر، فإنّه لا ريب في تولّي الحاكم ذلك، فكذا المقام المحتمل تولّي المالك؛ لما عرفت من العدوان من الغاصب.

ج ٣٧ ١٥٥

أمّا إذا لم يكن عدواناً من أحدهما؛ بأن أطار الريح ثوباً في إجّانة صبغ لآخر، وتعاسرا وكان يمكن الزوال، كان المتولّي الحاكم على الظاهر.

وعلى كلّ حال، فمع فرض تضرّر الغاصب بنقص ماله أو بهلاكه بالإزالة لا جبر له؛ لأنّه ذو الاختيار السيّء الذي أدخل الضرر على نفسه، بخلاف المالك المظلوم؛ ولذا وجب الأرش عليه لو نقص الثوب بذلك دونه.

وإلى ما ذكرنا يرجع استدلال المشهور: بأنّه إن لم يجب الإزالة كان عدواناً آخر، والظالم لا يستباح ظلمه، والتعطيل ضرر عليهما. كما أنّ بيع كلّ واحد ماله منفرداً عن الآخر لا يرغب فيه، فليس إلّا الإجابة.

وغير ذلك ممّا ذكروه، وإن كان ما ذكرناه أولى، بل لعلّه لا ينافي كلام الأصحاب، وإن كان يوهم في الظاهر أنّ للغاصب مباشرة الإزالة،

إلّا أنّ المراد: بيان حقّ المطالبة بالإزالة وإن كان مع التعاسر يتولّى الأمر من عرفت ليوصل حقّ كلّ واحد إلى صاحبه.

﴿و﴾ من ذلك يعلم: أنّه كما أنّ للغاصب حق المطالبة بالإزالة، فكذا ﴿لصاحب الثوب إزالته أيضاً﴾ مباشرةً أو استحقاقاً؛ لما عرفت، بل هو أولى ﴿لأنّه﴾ فعله ﴿في ملكه بغير حقّ﴾.

ولذا صرّح الفاضل في القواعد[١] والإرشاد[٢] بل والتحرير[٣] ومحكيّ المبسوط[٤] والإيضاح[٥]: بإجبار الغاصب على الفصل مع طلب المالك وقبول الصبغ لذلك وإن تضرّر الغاصب بنقص ماله أو هلاكه، ويدفع الأرش لنقص ثوب المالك؛ لأنّه الذي أدخل الضرر على نفسه، فتبقى قاعدة إيصال الحقّ إلى مستحقّه بحالها.

↑ ج ٣٧ / ١٥٦

فما في محكيّ التذكرة من أنّه «هل يملك إجبار الغاصب على فصله؟ الأقرب: أنّه إن كان له غرض كان له ذلك، وكذا إن كان للصبغ قيمة، وإلّا فلا»[٦].

لا يخلو من نظر، وإن وجّه بـ«أنّه إن خلا عن الغرض وكان

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٤.

(٢) إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٧.

(٣) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٨.

(٤) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٧ ـ ٧٨.

(٥) إيضاح الفوائد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ١٨٧.

(٦) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩٤ (الطبعة الحجرية).

المنفصل منه يضيع بالكلّيّة ، أو يحدث في الثوب نقصان بحيث لا يفي بأرشه قيمة المفصول ، كان تخسيراً للغاصب عناداً أو عبثاً»[١].

إلّا أنّه ـ كما ترى ـ مجرّد اعتبار لا يرجع إلى دليل؛ ومن هنا قال في القواعد : «يجبر وإن استضرّ بعدم الصبغ أو نقصت قيمته»[٢]، وهو واضح .

﴿و﴾ ممّا ذكرنا يعلم أيضاً : أنّه ﴿لو أراد أحدهما ما لصاحبه بقيمته لم يجب على أحدهما إجابة الآخر، وكذا لو وهب أحدهما صاحبه[٣] لم يجب على الموهوب له القبول﴾ لما فيه من المنّة .

بلا خلاف أجده فيه[٤] إذا كان الطالب الغاصب ، وإن احتمله في الكفاية[٥] . إلّا أنّه لم نجده لغيره ـ حتّى من العامّة ـ مع وضوح ضعفه .

وأمّا إذا كان المالك : فهو المشهور نقلاً[٦] وتحصيلاً[٧] ، بل هو مقتضى كلّ من قال بإجابته لو طلب الإزالة .

---

(١) مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٦٧.

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٤.

(٣) في نسخة الشرائع بدلها: لصاحبه.

(٤) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٧١ ـ ٢٧٢.

(٥) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٥٢.

(٦) كما في جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٩٩.

(٧) ينظر المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٨، وقواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٤، والدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٠، ومسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢١٣.

نعم، قد سمعت[١] كلام أبي علي ومن وافقه أو مال إليه، بل عن التذكرة ذلك أيضاً إذا كان لا يمكن فصل الصبغ ولا يحصل منه؛ لأنّه لا ذريعة إلى تصرّفه في ثوبه إلّا بدفع قيمة الصبغ[٢]. ولا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرنا.

كما أنّ منه يعلم النظر فيما في القواعد[٣] والتذكرة[٤] والروضة[٥] وغيرها[٦] من أنّ «لصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب، دون العكس» ضرورة عدم الفرق بينهما في جواز الامتناع بناءً على ما ذكرنا.

وما يقال من أنّه «لو لم يجبر الغاصب أضرّ بالمالك؛ لأنّ بيع الثوب وحده مظنّة قلّة الراغب فيه، لمكان عيب الشركة، فيفضي إلى عسر البيع وقلّة القيمة»[٧] مجرّد اعتبار.

↑ ج ٣٧ / ١٥٧

ومن هنا اعترف في جامع المقاصد بأنّ «ذلك لا يتّجه على القول بعدم تملّك ماله بالقيمة إذا لم يرض؛ لاستلزامه نقل الملك مع عدم

---

(١) في ص ٢٣٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩٤ (الطبعة الحجرية).

(٣) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٤.

(٤) المصدر قبل السابق.

(٥) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٥٣.

(٦) كمسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢١٣، ورياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٤٠.

(٧) مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٧٣.

الرضا؛ إذ الجمع بين الحقّين ودفع الضرر عن المالك مشترك بين المقامين، كما أنّ ضرر المالك مشترك أيضاً في المقامين»[١]. وحيث ضاق به الخناق قال: «وبالجملة: فقول المختلف لا يخلو من وجه»[٢].

وفيه: أنّه لا داعي إلى القول بالحكم المزبور كي يلتجئ إلى ذلك، بل لعلّ التأمّل في المتن ومحكيّ المبسوط[٣] وغيره[٤] يقتضي ما قلناه من عدم الإجبار مطلقاً، وهو الأصحّ، وإن قيل: «هو أضعف وجوه الشافعيّة التي منها أيضاً: تسلّط كلّ منهما على جبر الآخر»[٥]، والله العالم.

﴿ثمّ﴾ لا يخفى عليك: أنّه مع عدم إمكان الفصل أو إمكانه والتراضي بالشركة ﴿يشتركان، فإن لم ينقص قيمة مالهما﴾ بأن كان الثوب يساوي عشرة والصبغ كذلك ومصبوغاً عشرين ﴿فالحاصل لهما﴾.

﴿وإن زاد[٦]﴾ لزيادتهما معاً لا لزيادة أحدهما فصار يساوي ثلاثين ﴿فكذلك﴾ في صيرورة الحاصل بينهما، ونحوه لو زادت بسبب

---

(١) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٠٠ (بتصرّف).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٨.

(٤) كتحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٩.

(٥) مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٧٤.

(٦) في نسخة الشرائع: «زادت»، وفي نسخة المسالك: «زادا».

العمل خاصّة؛ لأنّ كلّ واحد منهما قد زاد بالصنعة، والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب إذا استندت إلى الأثر المحض تسلّم للمغصوب منه، والمفروض هنا زيادة نصف الأثر والنصف الآخر للصبغ.

﴿ولو زادت قيمة أحدهما﴾ خاصّة ﴿كانت الزيادة لصاحبها، وإن نقصت قيمة الثوب بالصبغ لزم الغاصب الأرش﴾ لأنّ يده يد ضمان لمثل ذلك ﴿ولا يلزم المالك ما ينقص من قيمة الصبغ﴾ لعدم عدوانه.

﴿ولو بيع مصبوغاً بنقصان من[1] قيمة الصبغ، لم يستحقّ الغاصب شيئاً إلّا بعد توفية المغصوب منه﴾ تمام ﴿قيمة ثوبه على الكمال﴾ لأنّ نقص الثوب من غير تغيّر السوق مضمون عليه ﴿و﴾ لذا ﴿لو بيع مصبوغاً بنقصان من[2] قيمة الثوب﴾ لا بتغيّر السوق ﴿لزم الغاصب إتمام قيمته﴾.

↑ ج ٣٧ / ١٥٨

ولو كانت قيمة كلّ منهما خمسة وساوى المصبوغ عشرة، إلّا أنّه لارتفاع قيمة الثوب في السوق إلى سبعة وانحطاط قيمة الصبغ فيه إلى ثلاثة، كان للمالك سبعة هي نصف العشرة وخمسها، وللغاصب ثلاثة خمس العشرة وعشرها؛ لأنّ الحكم يتعلّق بما صارت القيمة إليه، ولا أثر للخمسة بعد تغيّر السوق.

ولو انعكس الأمر انعكس الحكم أيضاً؛ لأنّ نقص السوق غير

(١ و٢) في نسخة الشرائع: عن.

مضمون إذا لم يكن لنقص في العين أو صفاتها.

هذا كلّه إذا كان الصبغ من الغاصب.

أمّا إذا كان مغصوباً من آخر؛ فإن لم يحدث بفعله نقصان عليهما أو على أحدهما لم يغرم شيئاً، وكانا شريكين في الثوب المصبوغ كما سبق، نعم يجب عليه الفصل مع إمكانه لو طلباه أو أحدهما. وإن حدث النقص فيهما أو في أحدهما عمّا كان قبل الصبغ غرمه الغاصب لمن حصل في حقّه.

ثمّ إنّ مقتضى الشركة التي ذكرناها اشتراكهما في الثمن، ومع فرض نقصه يرجع كلّ منهما على الغاصب بنقصه، لكن عن التذكرة فيما إذا حدث نقص ـ مثل أن كانت قيمة الثوب عشرة، وقيمة الصبغ عشرة، وبلغت قيمة الثوب مصبوغاً عشرة ـ يكون الثمن لصاحب الثوب، ويغرم الغاصب الصبغ للآخر، وتأمّل في مقتضى الشركة المزبورة[1]. ولا نعرف له وجهاً.

وفي المسالك ـ بعد أن حكم بالشركة مع عدم النقصان على حسب ما سبق في الغاصب والمالك ـ قال: «وإن حدث نقصان فإن بقيت قيمة الثوب فهي لصاحب الثوب، ويغرم الغاصب الصبغ للآخر، وإن زادت بما لا يبلغ قيمة الصبغ فالزائد لمالك الصبغ، ويغرم الغاصب له الباقي، وإن زادت عنهما فهو بينهما بالنسبة. هذا كلّه إذا لم تنقص القيمة السوقيّة

↑ ج ٣٧ / ١٥٩

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩٤ (الطبعة الحجرية).

لأحدهما، وإلّا اعتبرت النسبة، كما مرّ»[١].

وظاهره المنافاة لما ذكرناه من الشركة المزبورة، اللّهمّ إلّا أن يتجشّم له. والأمر سهل بعد وضوح الحال، كوضوح عدم الضمان مع استناد النقصان إلى تغيّر السوق، لا إلى فعل الغاصب.

ولو كان الصبغ مغصوباً من مالك الثوب؛ فإن لم يحدث بفعله نقصان فيهما فهو للمالك، ولا غرم على الغاصب ولا شيء له وإن زادت القيمة؛ لأنّ الموجود منه أثر محض. وإن حدث بفعله نقصان غرم. وإذا أمكن الفصل فللمالك إجباره عليه وتضمينه النقص إن حصل، وليس للغاصب الفصل إذا رضي المالك، وذلك كلّه واضح، والحمد لله.

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿إذا غصب دهناً كالزيت أو السمن﴾ أو نحو ذلك ممّا لا يمكن تمييزه ﴿فخلطه بمثله﴾ ذاتاً ووصفاً ﴿فهما شريكان﴾ حقيقةً ـ على وجهٍ يملك كلّ منهما في مال الآخر ـ أو حكماً، كما صرّح به غير واحد[٢]، بل في المسالك: نسبته إلى الأكثر[٣].

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢١٤.

(٢) كالشيخ في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٨٠، وابن سعيد في الجامع للشرائع: باب الغصب ص ٣٥١، والعلّامة في الإرشاد: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٧، والشهيد في الدروس: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٠.

(٣) الهامش قبل السابق: ص ٢١٥.

وقد حقّقنا ذلك في كتاب الشركة[١]، بل لا خلاف بينهم فيه هناك، بل حكينا الإجماع بقسميه عليه.

لكن في محكيّ السرائر هنا: أنّ مال المالك كالمستهلك؛ إن شاء الغاصب أعطاه من زيته المخلوط، وإن شاء أعطاه من غيره مثل زيته، مدّعياً: أنّه الذي تقتضيه أُصول المذهب؛ لأنّ عين الزيت المغصوب قد استهلك، لأنّه لو طالبه بردّه بعينه لما قدر على ذلك[٢].

ج ٣٧ / ١٦٠

وفيه: أنّه لا شيء في أُصول المذهب يقتضي الخروج بذلك عن الملك؛ وإلّا لخرج بالاختلاط أيضاً بغير اختيار أو برضاً منهما.

كما أنّه ليس في شيء منها ما[٣] يقتضي الانتقال عن الملك بمحض التعدّي لو غصب رطلاً من هذا ورطلاً من هذا وخلطهما، فإنّهما يكونان بذلك هالكين.

وإنّما تقتضي أُصول المذهب: بقاء كلّ منهما على ملك مالكه، ويجري عليهما حكم المشترك بالإتلاف والبيع ونحوهما، أو يثبت أنّ مثله سبب شرعي للشركة على وجهٍ تكون الحبّة الواحدة مشتركة بينهما وإن كانت في الواقع هي لأحدهما، كما تقدّم ذلك كلّه وغيره في كتاب الشركة[٤].

---

(١) في ج ٢٧ ص ٥٧٢ ... و٥٧٦ ...

(٢) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٢.

(٣) ليست في بعض النسخ.

(٤) في ج ٢٧ ص ٥٧٦ ...

وحينئذٍ فلا فرق بين المزج الاختياري والاتّفاقي والغصبي في حصولها به، وليس هو من الهلاك الموجب للضمان؛ ضرورة إمكان التأدية ولو في ضمن الجميع، أقصاه أنّه يكون أدّاه مع غيره، بل ليس هو من الحيلولة التي بمعنى تعذّر إيصال المال إلى مالكه لمانع عن إيصاله، بخلاف المقام الذي قد تعذّر فيه إيصاله منفرداً لا أصل الإيصال، فهو حينئذٍ كالثوب المصبوغ أو كالصبغ الذي صبغ به الثوب، فإنّه لا شيء منهما ينتقل إلى الذمّة على وجه الضمان لكونه تالفاً أو للحيلولة، بل هو كباقي تعذّر صفات المغصوب من الصحّة والعيب ونحوهما.

﴿و﴾ بذلك كلّه يظهر لك الحال فيما ﴿لو[1] خلطه بأدون أو أجود﴾.

وقد قالوا في كتاب الشركة بحصولها به في القسمين الأوّلين؛ على معنى: الشركة بالثمن على نسبة القيمة.

أمّا الثالث ففي المتن: ﴿قيل[2]: يضمن المثل لتعذّر تسليم العين، وقيل[3]: يكون شريكاً في فضل الجودة ويضمن المثل في فضل الرداءة إلّا أن يرضى المالك بأخذ العين﴾ وظاهره عدم الترجيح كالمسالك[4] وغيرها[5].

↑ ج ٣٧ / ١٦١

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: إن.

(٢) إصباح الشيعة: كتاب الغصب ص ٣٤٠.

(٣) الجامع للشرائع: باب الغصب ص ٣٥١.

(٤) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢١٦.

(٥) ككفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٥٢.

لكن في القواعد[١] والتذكرة[٢] والإرشاد[٣] والمختلف[٤] والدروس[٥] وجامع المقاصد[٦]: اختيار الشركة في الثاني، بل صرّح غير واحد منهم[٧]: بأنّه يقسّم معه بالسويّة مع فرض التساوي؛ لأنّ الزيادة الحاصلة زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب أو عنده عدواناً، فلا يسقط حقّ المالك من العين بسببها، كما لو صاغ النقرة وعلف الدابّة فسمنت وعلّم العبد صنعة، ودخول الضرر بذلك على الغاصب إنّما كان بسوء اختياره.

لكن في محكيّ المبسوط: «أنّ الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه أو مثله من غيره، فإن باعه قسّم الثمن بينهما على قدر الزيتين، والصحيح أنّ هذا كالمستهلك، فيسقط حقّه من العين ويصير في ذمّة الغاصب؛ لأنّه قد تعذّر أن يصل إلى عين ملكه بعينها، فإذا انتقل إلى الذمّة يكون الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه ـ فيلزمه قبوله؛ لأنّه قد تطوّع خيراً من زيته، لا لأنّه أعطاه عين ماله ـ وبين أن يعطيه مثله من غيره»[٨]. ونحوه عن

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩٥ (الطبعة الحجرية).

(٣) إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٧.

(٤) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١١٨.

(٥) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٠.

(٦) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٠٢.

(٧) كالشهيد في الدروس: (الهامش قبل السابق).

(٨) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٩ ـ ٨٠.

السرائر[١]، واختاره في التحرير[٢].

وفيه: منع الاستهلاك الملحق بالتلف الموجب للانتقال في الذمّة؛ وإلّا كان المساوي كذلك مع أنّ الشيخ لا يقول به، بل دعوى كون مال المالك مستهلكاً ليس بأولى من القول بأنّ مال الغاصب مستهلك فلا شيء له، وهو واضح الفساد. فالتحقيق: بقاء مال المالك على ملكه.

ولكنّ الظاهر: أنّ له من الثمن بنسبة ماله كالمال المخلوط بغير اختيار؛ إذ دعوى كون ذلك كالآثار التي تحصل من فعل الغاصب واضحة الفساد، ضرورة كون علوّ قيمته بأجزاء عينيّة من مال الغاصب الذي بغصبه لم يخرج عن الاحترام ولا يدخل في ملك المالك قهراً، وبذلك يظهر لك ما في كلام الأوّلين.

↑ ج ٣٧ / ١٦٢

ويمكن حمل ما في القواعد والإرشاد والتذكرة وغيرها ـ من إطلاق الشركة ـ على الوجه الذي ذكرناه؛ لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»[٣] وغيرها من الاستصحاب ونحوه، لا أنّ المراد الشركة حقيقةً؛ لعدم الدليل والضرر على مالك الجيّد مع فرض إرادة المساواة على تقدير التساوي في الكمّ. ولا دليل على الشركة في العين بحسب القيمة على وجهٍ يكون لمالك الجيّد في العين أزيد قدراً ممّا كان له، بل لعلّ ظاهر

---

(١) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٢.

(٢) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٢٨.

(٣) تقدّم في ص ١٧.

الأدلّة خلافه، بل هو من الربا بناءً على عمومه لمثل ذلك، هذا.

وفي الرياض: «واعلم: أنّ ما ذكره الأكثر في المقامين أظهر إن أرادوا نفي الخيار للغاصب وإثباته للمالك، وإن أرادوا لزوم القبول عليه فمشكل حيث يعتذر لعدم قبوله بعذر موجّه؛ ككون ماله حلالاً ومال الغاصب الممزوج به مشبوهاً أو نحوه، فإنّ إيجاب القبول عليه ضرر وأيّ ضرر، فالتحقيق في المقامين ثبوت الخيار للمالك»[1].

وفيه ما لا يخفى، بل هو من غرائب الكلام؛ ضرورة اقتضاء المزج المزبور الشركة مع من له المال حتّى لو علم كونه للغير، فإنّ ذلك لا يجعله بمنزلة التالف حتّى ينتقل إلى المثل.

وكأنّ الذي أوقعه في هذا الكلام المقداد في التنقيح، فإنّه في المساوي حكى عن الشيخ في المبسوط قولين: «أحدهما: ضمان الغاصب، فيتخيّر بين الدفع من الممزوج وبين غيره، وثانيهما: الشركة؛ لأنّه قادر على بعض عين ماله وبدل الباقي، ولا معنى للتخيير مع وجود بعض العين، كما لو غصب صاعين فتلف أحدهما، فإنّ المالك يأخذ الموجود وبدل التالف ولا يلزمه أخذ بدل الكلّ، فكذلك في صورة النزاع، وهو اختيار المصنّف والعلّامة في المختلف».

↑ ج ٣٧ / ١٦٣

«وفيه نظر؛ لأنّ العين وإن وجدت لكن يتعذّر تسليمها منفردة، فليست كالصاعين، وجاز أن يكون في زيت الغاصب شبهة وإن ساواه

---

(١) رياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٣٧.

في الماهيّة»[١].

وهو ـ مع أنّه كما ترى ـ لا ترجيح فيه.

وقال في المزج بالأجود: «لا خلاف في أنّ للغاصب الدفع من العين، ويجب على المالك القبول؛ لاشتماله على الزيادة عن حقّه مع تبرّع الغاصب بها».

«وهل للغاصب الدفع من غيرها ممّا يساوي مال المالك ـ وحينئذٍ يجب على المالك القبول؛ إذ لا تفاوت عليه ـ أم لا؟ يظهر من كلام الشيخ الأوّل، وتبعه ابن إدريس. والأجود: أنّ الخيار للمالك، فله المطالبة بالعين منه؛ لوجود حقّه فيها، والزيادة تبرّع من الغاصب، كما لو علّم العبد صنعة، فإنّ له أخذ عبده وإن زادت قيمته، وله المطالبة بالمثل من غيرها؛ لما قلناه أوّلاً، ولجواز اشتماله على منّة لا يجب تحمّلها»[٢].

وهو ـ مع ما فيه من منافاة ما استجوده لما نفى الخلاف فيه مع فرض كون المراد على الإطلاق كما سمعته من الرياض، بل هو ظاهر التعليل أيضاً. ومع منافاة الخيار إذا كان ذلك من قبل تعلّم الصنعة؛ ضرورة وجوب القبول عليه ـ لا حاصل له، وكأنّه لم يسمع في المقام وفي كتاب الشركة حصولها في ذلك وفي المساوي، ولم يلحظ كلام

---

(١) التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الثاني ج ٤ ص ٧٢.

(٢) المصدر السابق: ص ٧٢ ـ ٧٣.

الأصحاب وتعبيرهم بالشركة في المقامين وإن كانت على التفصيل الذي ذكرناه.

ومن الغريب نفيه الخلاف وقد عرفت المخالف وهو القائل بالشركة على معنى كونه في الثمن على النسبة، فإنّه لا يجب عليه القبول حينئذٍ.

وأمّا الأوّل ـ الذي هو الخلط بالأدون ـ ففي القواعد[١] والتذكرة[٢] وجامع المقاصد[٣] والروضة[٤]: يتخيّر المالك بين المثل والعين مع الأرش؛ لأنّه في حكم المستهلك بالاختلاط المزبور، إلّا أنّ حقّ المالك لا يسقط من العين بفعل الغاصب مع إمكان التوصّل إلى البعض. والنقص في الخليط يجب جبره بالأرش إذا كانا غير ربويّين، أو كانا وقلنا بعدم جريان الربا فيه باعتبار أنّه غرامة عمّا جناه الغاصب على ماله، لا بيع، بل ولا معاوضة بناءً على عموم الربا لسائر المعاوضات.

↑ ج ٣٧ / ١٦٤

فما في الرياض :من إشكال الأرش في الربويّين بذلك[٥]، لا يخلو من نظر، هذا.

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩٥ (الطبعة الحجرية).

(٣) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

(٤) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٥٦.

(٥) رياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٣٨.

وفي المبسوط[١] والسرائر[٢] والإرشاد[٣] واللمعة[٤] والدروس[٥] وغيرها[٦]: أنّه يضمن بالمثل لأنّه مستهلك، وفي التنقيح: «لا خلاف في أنّه يضمن بالمثل»[٧].

ولا يخفى عليك ما في القولين بعد الإحاطة بما ذكرناه، كما لا يخفى عليك ما في نفي الخلاف.

والتحقيق: بقاء المال على ملك مالكه، ويشتركان في قيمته بالنسبة، كما لو اختلط المالان بغير اختيار.

وما أدري ما الذي دعاهم إلى الفرق بين المزج الغصبي وبين المزج الاتّفاقي! فتأمّل، بل ذلك صريح الاستدلال في الرياض[٨] وغيره[٩] على الحكم في المساوي فضلاً عن غيره: بأنّ عين مال المالك موجودة في الجملة، وغايته أنّها بغيرها ممتزجة، وذلك لا يخرجها عن ملكه، ولأنّ في ذلك إيصال المالك إلى بعض حقّه بعينه، وإلى بدل بعضه من

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٨٠.

(٢) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٢.

(٣) إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٧.

(٤) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الغصب ص ٢٣٦.

(٥) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٠.

(٦) كإصباح الشيعة: كتاب الغصب ص ٣٤٠ ـ ٣٤١، والجامع للشرائع: باب الغصب ص ٣٥١.

(٧) التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الثاني ج ٤ ص ٧٢.

(٨) رياض المسائل: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٣٦.

(٩) كمسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢١٥، ومفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٧٦.

غير زيادة فوت، فكان أولى من إيصاله إلى بدل الكلّ.

إذ هو ـ كما ترى ـ أجنبي عن اقتضاء المزج المزبور الشركة ولو على الوجه الذي ذكرناه، كما هو واضح، والله العالم.

هذا كلّه في الخلط بالجنس.

﴿أمّا لو خلطه بغير جنسه﴾ كما إذا خلط الزيت بالشيرج وخلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير ﴿لكان مستهلكاً وضمن المثل﴾ كما صرّح به الفاضل[1] والشهيدان[2] والشيخ[3] فيما حكي عنه وغيرهم[4]، بل في الكفاية: أنّه أشهر[5]، بل لا أجد فيه خلافاً؛ لأنّه تالف، لبطلان فائدته وخاصّيّته، بخلاف الجيّد مع الرديء المتّفقين في الجنس.

ج ٣٧ / ١٦٥

نعم، احتمل في التذكرة قويّاً ثبوت الشركة كما لو مزجاه بالرضا أو امتزجا بأنفسهما[6].

وفي المسالك: «له وجه؛ لأنّ إسقاط حقّه من العين مع وجودها بعيد. إلّا أنّه يشكل: بأنّه على تقدير القسمة الإجباريّة يكون قد حتّمنا

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٥، تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٢٨، إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٧.

(٢) الشهيد الأوّل في الدروس: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٠، والثاني في الروضة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٥٨.

(٣) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٨٠.

(٤) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٤٤، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ١٠٦٧ ج ٣ ص ١٧٣.

(٥) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٥٢.

(٦) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩٥ (الطبعة الحجرية).

على المالك أخذ غير المثل إن كان الطالب هو الغاصب، أو كلّفنا الغاصب بغير المثل في المثلي إن كان الطالب المالك، وكلاهما خارج عن قواعد الغصب، لكنّه وارد على تقدير امتزاجهما بغير الغصب كما مرّ، وفيه جمع بين الحقّين»[١].

قلت: ظاهرهما المفروغيّة من الشركة في مثله إذا كان بغير الغصب، وقد تقدّم في كتاب الشركة[٢] أنّ ظاهرهم تحقّقها بمزج المتّفقين في الجنس، أمّا غيره فلا، إلّا أنّا احتملناه هناك[٣] لكن على معنى الشركة في الثمن على حسب نسبة قيمة المال، لا على معنى ملك كلّ منهما بعض ما للآخر المنافي للأصل بلا دليل، ولا بأس بالقول بمثله في المقام، ولا منافاة فيه لقواعد الغصب؛ إذ ليس هو من التلف الموجب للمثل، بل هو من مزج المالين الذي لا يمكن تخليص أحدهما من الآخر، والله العالم.

المسألة ﴿الثالثة﴾

لا خلاف[٤] في أنّ ﴿فوائد المغصوب مضمونة بالغصب، وهي مملوكة للمغصوب منه﴾ لأنّها نماء ملكه ﴿وإن﴾ كان قد ﴿تجدّدت في يد الغاصب، أعياناً كانت ـ كاللبن والشعر والولد[٥] والثمر ـ أو

↑ ج ٣٧ / ١٦٦

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢١٧.

(٢ و٣) في ج ٢٧ ص ٥٧٢...

(٤) كما في رياض المسائل: الغصب / الأمر الثالث ج ١٤ ص ٤١.

(٥) في نسخة الشرائع بدلها: والوبر.

منافع كسكنى الدار وركوب الدابّة﴾ بل الإجماع بقسميه عليه[١]، بل وعلى عدم الفرق أيضاً في المنافع بين الفوات والتفويت.

﴿وكذا﴾ الكلام في ﴿منفعة كلّ ما له أُجرة بالعادة﴾ لأنّ المنافع محسوبة أموالاً شرعاً، وقبضها بقبض العين.

أمّا إذا لم يكن لها أُجرة في العادة ـ كالغنم والشجر ونحوهما ممّا لا تستأجر عادةً لذلك، وإن قلنا بصحّة إجارتها لبعض الانتفاعات ـ إلّا أنّها ليست أموالاً عرفاً، والأصل البراءة. بل قد يقال بذلك حتّى لو استوفاها؛ بأن نشر ثيابه على الشجر مثلاً أو ربط دابّته بأصله. نعم، لو كان قد آجره لذلك كانت الأُجرة للمغصوب منه بعد الإجارة، كما هو واضح.

إنّما الكلام فيما لو تعدّدت منافعه كالعبد الخيّاط الحائك، ففي القواعد في موضع منها: «والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد والتفويت، ولو تعدّدت المنافع كالعبد الخيّاط الحائك لزمه أُجرة أعلاها، ولا تجب أُجرة الكلّ»[٢].

وفي موضع آخر منها: «إنّ الغاصب يضمن الأُجرة ـ أي للعين

---

(١) نقل الإجماع في ظاهر الخلاف: الغصب / مسألة ١١ ج ٣ ص ٤٠٢، وتذكرة الفقهاء: الغصب / في المضمونات ج ٢ ص ٣٨١ (الطبعة الحجرية).

وينظر المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٥ ـ ٩٦، وقواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٨، ومجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٤٥، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٦٤ ج ٣ ص ١٧٠.

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٦.

المغصوبة ـ وإن لم ينتفع بأُجرة المثل عن عمل مطلق مدّة الغصب، ولو انتفع بالأزيد ضمن الأزيد، وإن انتفع بالأنقص ضمن أُجرة المطلق»[1].

وفي الدروس: «لو استعمله بما له أُجرة زائدة عن أُجرة المثل المطلقة لزمه الزائد»[2].

لكن في الروضة: «لو تعدّدت المنافع؛ فإن أمكن فعلها جملة أو فعل أكثر من واحدة وجب أُجرة ما أمكن، وإلّا ـ كالخياطة والحياكة والكتابة ـ فأعلاها أُجرةً. ولو كانت الواحدة أعلى منفردة عن منافع متعدّدة يمكن جمعها ضمن الأعلى»[3].

وفي المسالك: «إن استعملها في الأعلى ضمنها، وإن استعملها في الوسطى أو الدنيا أو لم يستعملها، ففي ضمان أُجرة متوسّطة أو الأعلى وجهان».

↑ ج ٣٧ / ١٦٧

ثمّ قال: «وفي القواعد اعتبر في أُجرة الصانع الأعلى، ثمّ حكم في مطلق المغصوب بضمان أُجرة المثل عن عمل مطلق. ولعلّ المطلق شامل للأعلى؛ لأنّ المراد بأُجرة المطلق أُجرته لعمل يليق به عادةً من غير تقييد بعمل مخصوص، كالكتابة مثلاً أو الخياطة أو ركوب الدابّة أو تحميل التراب عليها أو البرّ، فيتناول الأعلى حيث يكون قابلاً. وربّما

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣١.

(٢) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٢.

(٣) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٤٦.

فسّر المطلق بالمتوسّط ، فيختلف الحكم»[١].

وكأنّه أشار بما ذكره أخيراً إلى ما في جامع المقاصد من أنّ «المراد بالعمل المطلق : المتوسّط الذي لا يكون مقيّداً بقيد القلّة والكثرة ، وفي فهم المتوسّط من المطلق خفاء ، إلّا أنّ ما سيذكره في العبارة يرشد إلى ذلك . ووجه ضمانه : أنّ المتوسّط هو الغالب ، فإنّ إدآب الأجير لنفسه فوق المعتاد نادر ، كما أنّ الرضا بالتراخي أيضاً نادر» .

«فإن قلت : كيف وجب في المنافع أُجرة الأعلى ، ووجب في العمل أُجرة الأوسط ؟!» .

«قلت : لا أولويّة بالنسبة إلى المنافع للقادر عليها؛ فإنّ كلّاً منهما ممكن على حدّ سواء ، بخلاف العمل ، فإنّ في مراتبه تفاوتاً»[٢].

ثمّ قال في وجه الآخر ـ بعد تفسيره المطلق بالمتوسّط أيضاً ـ : «أمّا الأوّل : فلأنّه قد استوفاه ، فيجب بدل ما استوفاه . وأمّا الثاني : فلأنّ الزائد على الأنقص قد فات ، وهو محسوب على الغاصب»[٣].

واقتصر في شرح العبارة الأُولى على التعليل بعدم استيفاء الكلّ دفعةً ، والمنفعة العليا من جملة ما فات تحت اليد ، فتجب أُجرتها ،

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢١٧ ـ ٢١٨.

(٢) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٧٤.

(٣) المصدر السابق.

والمراد أُجرة المثل.

وكأنّه فهم من عبارة «أُجرة المثل» ذات العمل المتّحد، فلاحظ الوسط فيه، إلّا أنّ الإطلاق يقتضي الأعمّ، فيمكن أن يقال: إنّ المراد بمطلق مثل العمل مدّة الغصب: هو ملاحظة أُجرة المثل لتلك العين المغصوبة القابلة للانتفاع بها تلك المنافع المتعدّدة ـ إن كانت ـ من غير ملاحظة منفعة مخصوصة إن لم تكن قد استوفى الأعلى منها وإلّا كان له، فإن استعملت في الأدنى ضمن أُجرة المطلق المزبور كما إذا لم يستعملها. ودعوى لزوم ذلك للأعلى ممنوعة.

↑ ج ٣٧ / ١٦٨

نعم، مقتضاه عدم الفرق بين العبد ذي المنافع المتعدّدة وغيره؛ ولعلّه لذا أطلق في الدروس[1]، بل لا يبعد أن يكون ذلك من الفاضل رجوعاً عمّا ذكره أوّلاً من ضمان الأعلى؛ ضرورة عدم فوات الأعلى بخصوصها، إذ هو أحد المنافع الفائتة على البدل.

بل لا يبعد التقويم بما ذكرنا حتّى في ذي المنافع المتعدّدة القابل للإتيان بها أجمع دفعةً، فإنّ ذلك أيضاً أحد الأبدال، فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق، وهو الأصحّ.

نعم، يلحظ الوسط من كلّ منفعة الموافق للمعتاد لا النادر، كما أنّه يلحظ في الدابّة وغيرها أُجرتها في الوقت المعتاد فعله كالنهار دون الليل، إلّا أن يكون له منفعة معتادة في الليل أيضاً، وبالجملة: فالميزان

---

(١) تقدّمت عبارته آنفاً.

ما عرفت ، والله العالم .

﴿و﴾ على كلّ حال ، فقد ظهر لك ممّا ذكرنا غير مرّة : أنّه ﴿لو سمنت الدابّة في يد الغاصب، أو تعلّم المملوك صنعةً أو علماً فزادت قيمته ضمن الغاصب تلك الزيادة﴾ على معنى دخولها في ضمانه ، كما لو كانت سمينة كذلك عند المالك .

وحينئذٍ ﴿فلو هزلت﴾ الدابّة ﴿أو نسي﴾ المملوك ﴿الصنعة أو ما علّمه، فنقصت القيمة لذلك ضمن الأرش﴾ وهو التفاوت ﴿وإن ردّ العين﴾ على المالك؛ لما عرفته من ضمانه ذلك ولو للمتجدّد من فعله ممّا يكون أثراً تابعاً لعين المالك .

ج ٣٧ / ١٦٩

﴿ولو تلفت[1]﴾ العين قبل أن يردّها ﴿ضمن قيمة الأصل والزيادة﴾ التي هي الأرش ، كما في غير ذلك من الصفات التي كانت عند المالك أو تجدّدت عند الغاصب ، والله العالم .

﴿فرعان﴾ :

﴿الأوّل: لو زادت القيمة لزيادة صفة﴾ كانت في يد المالك أو تجدّدت عند الغاصب ﴿ثمّ زالت﴾ تلك ﴿الصفة، ثمّ عادت الصفة﴾ بعينها؛ كما لو كان كاتباً فنسي ثمّ تذكّر ، أو ذا صنعة كذلك ﴿و﴾ عادت ﴿القيمة﴾ بعودها ﴿لم يضمن قيمة الزيادة التالفة؛ لأنّها انجبرت بالثانية﴾ فكأنّها لم تزل .

---

(١) في نسخة الشرائع: وإن تلف.

على أنّ ملاحظتها مع الموجودة حال التلف غير معقولة؛ ضرورة كونه بمنزلة ملاحظتها مرّتين؛ إذ ليست هي إلّا صفة واحدة، والمتجدّدة ليس غيرها على وجهٍ تضمّ معها. اللّهمّ إلّا أن يراد ضمّ مقدار النقص السابق مع القيمة حال التلف، كما أنّه يدفعه مع العين لو ردّها.

﴿و﴾ على كلّ حال فلا ضمان؛ للأصل، وصدق الأداء لما أخذ حتّى على المعنى الذي ذكرناه سابقاً، وقاعدة نفي الضرر وأنّ الظالم لا يُظلم... وغير ذلك.

نعم ﴿لو نقصت الثانية عن قيمة الأُولى ضمن التفاوت﴾ لعدم الجابر حينئذٍ للنقص الفائت، بل لعلّ الأمر كذلك فيما إذا لم يكن العائد عين الأوّل، كالسمن الذي تعقّبه هزال ثمّ السمن على وجهٍ عادت القيمة بالسمن الأوّل، بحيث لو لوحظ الأوّل والحادث لم يبلغ[1] القيمة المزبورة. وإن كان السمن المتجدّد من الله (تعالى شأنه) وليس هو السمن الأوّل ـ إلّا أنّه لمّا كان فرض ملاحظته مع الأوّل لا يزيد في قيمة العين، بل إمّا القيمة واحدة أو ينقصها ـ لم يكن وجه لضمان الفائت الذي هو على هذا التقدير ليس بفائت.

↑ ج ٣٧ / ١٧٠

لكن في المسالك: «فيه قولان، أحدهما: أنّه ينجبر أيضاً ويسقط الغرم؛ كما لو أبق العبد فعاد، أو جنى على عين فابيضّت ثمّ زال ذلك البياض. والثاني: العدم؛ لأنّ السمن الثاني غير الأوّل، والأوّل وقع

---

(١) أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: لم يتجاوز.

مضموناً، والثاني تجدّد هبةً من الله (تعالى شأنه) كالأوّل لو كان متجدّداً، فلا يحصل للغاصب بسببه شيء، وهذا أظهر»[١].

وفيه ما عرفت، نعم هو متّجه لو فرض زيادة القيمة بملاحظة التالف مع الموجود، ولا يبعد أن يكون على ذلك المدار في الانجبار وعدمه في سائر الصفات، فكلّ صفة ذاهبة يمكن تقديرها مع المتجدّدة وتزداد القيمة بذلك هي لا تنجبر بالمتجدّدة، وكلّ صفة لا يمكن تقديرها مع المتجدّدة، أو أمكن ولكن لا تزيد بها القيمة عن المتجدّدة ـ بل هي هي أو تنقص ـ لا تضمن وتنجبر بالثانية.

وحينئذٍ فكلّ من المحكي عن صريح المبسوط[٢] والإرشاد[٣]: من إطلاق الانجبار في مثل السمن، كظاهر المصنّف؛ لأصالة عدم الضمان.

وصريح محكيّ التذكرة[٤] وجامع المقاصد[٥] وظاهر الدروس[٦]: من إطلاق عدم الانجبار؛ لأنّ الثاني مال متجدّد للمالك والأوّل مال ذاهب، ولثبوت الضمان بالهزال الأوّل، ولا دليل على البراءة منه، فالأصل يقتضي بقاءه.

لا يخلو من نظر؛ لما عرفت من التفصيل المزبور الذي لا يخفى

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢١٩ ـ ٢٢٠.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٤.

(٣) إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٨٧ (الطبعة الحجرية).

(٥) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٩١.

(٦) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٢.

ج ٣٧ / ١٧١

عليك ما في الأصلين المزبورين معه، خصوصاً الأخير الممنوع قرار الضمان فيه، بل هو متزلزل مراعى، كضمان الحيلولة، وكضمان الصفة الذاهبة المحتمل عودها بعينها، كالتذكّر بعد النسيان الذي لا إشكال في الانجبار فيه.

بل لا يبعد أن يقال: بكون التفاوت ـ لو دفعه إليه ـ متزلزلاً مراعى بعدم العود كالحيلولة، فلو ردّ العبد الذي نسي الصنعة ودفع معه الأرش ثمّ تذكّرها وهو في يد المالك ردّ إلى الغاصب ما أخذ منه، فإنّ المدار في ذلك على قاعدة نفي الضرر والضرار التي مقتضاها ما عرفت.

واحتمال[1] أن يقال: إنّ التالف مال قد ذهب في يد الغاصب وهو مضمون عليه، وما تجدّد نماء مال المالك هبة من الله (تعالى شأنه)، فلا وجه لجبره الأوّل، بل يأخذ الأرش منه وإن ردّ العبد إليه بالقيمة السابقة.

يدفعه: أنّه ضرر على الغاصب منفيّ بالقاعدة المزبورة التي لا ينافيها غصبه؛ فإنّ الظالم لا يُظلم، بل ليس الفرض إلّا كغصب دابّة هزلت وكانت قيمتها هزلة وسمينة واحدة، فإنّه لا شيء على الغاصب بلا خلاف أجده كما تسمعه من المصنّف، وقد قدّمنا الكلام فيه سابقاً؛ ضرورة كون الذاهب حينئذٍ لا قيمة له.

فتأمّل جيّداً؛ فإنّي لم أجد ما ذكرناه من الضابط محرّراً في كلام

(١) كما في مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٢٠.

الأصحاب ، بل لا يخلو كلام بعضهم من تشويش ، كالفاضل في التذكرة الذي قد سمعت صريح المحكي عنه : من عدم الانـجبار فـي مسـألة السمن ، قال في العبد : «إذا مرض عـند الغـاصب ثـمّ بـرئ ردّه مـن غير شيء»[١] . وهو منافٍ لذلك ، والله العالم .

وكيف كان ، فهذا كلّه فيما لو تجدّدت صفة مثل الأُولى ، كـالسمن المفروض .

﴿أمّا لو تجدّدت صفة غيرها؛ مثل أن سمنت فزادت قـيمتها، ثمّ هزلت فنقصت قيمتها، ثمّ تعلّمت صنعة﴾ مثلاً ﴿فزادت قيمتها، ردّها وما نقص بفوات الأُولى﴾ بلا خلاف أجده فيه[٢]، بل الإجماع بقسميه عليه[٣]، بل هو مقتضى الضابط الذي ذكرناه؛ ضـرورة زيـادة القيمة بتقدير السمن الفائت مع الصفة المتجدّدة ، فيضمنه الغاصب الذي قد فات تحت يده .

↑ ج ٣٧ / ١٧٢

بل لو تكرّر النقصان وكان في كلّ مرّة مغايراً بالنوع للـناقص فـي المرّة الأُخرى ضمن الكلّ؛ حتّى لو غصب جارية قيمتها مائة فسمنت وبلغت القيمة ألفاً ، وتعلّمت صنعة فبلغت ألفـين ، ثـمّ هـزلت ونسـيت

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٨٨ (الطبعة الحجرية).

(٢) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٣، وإرشاد الأذهان: الغـصب / فـي الأحكام ج ١ ص ٤٤٧، والدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٢.

(٣) نقل الإجماع في صريح مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكـام ج ١٨ ص ٢٥٠، وظـاهر مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٤٥، وكفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٥٣.

الصنعة فعادت قيمتها إلى مائة ، ردّها وغرم ألفاً وتسعمائة .

وكذا لو علّم المغصوب سورة من القرآن أو حرفة فنسيها ، ثمّ علّمه حرفة أو سورة أُخرى فنسيها أيضاً ، ضمنهما .

نعم ، إن لم تكن مغايرة؛ بأن كانت سورة واحدة أو حرفة واحدة مراراً وهو ينساها في كلّ مرّة ، لم يضمن إلّا أكثر المراتب نقصاناً ، وإن قال في المسالك : «فيه الوجهان»[١] كما قال في العبد : «إذا مرض ثمّ برئ فزال أثر المرض ، ففي جبر الصحّة للفائت منها وجهان : نعم ؛ لأنّ الصحّة الثابتة[٢] هي الأُولى ، وبه قطع في التذكرة . والثاني : العدم: لمنع كونها الأُولى ، بل يكفي الشكّ فيستصحب حكم الضمان . وكذا الحكم فيما لو ردّه مريضاً ثمّ برئ وزال الأثر»[٣] .

وقال أيضاً : «لو غصب شجرةً فتحاتّ ورقها ثمّ أورقت ، أو شاةً فجزّ صوفها ثمّ نبت ، يغرم الأوّل ، ولا يجبر بالثاني لأنّه غيره ، بخلاف ما لو سقط سنّ الجارية المغصوبة ثمّ نبت ، أو امتَعَط[٤] شعرها ثمّ نبت ، فإنّه يحصل الانجبار . والفرق : أنّ الورق والصوف متقوّمان فيغرمهما ، وسنّ الجارية وشعرها غير متقوّمين ، وإنّما يغرم أرش النقص الحاصل بفقدانهما وقد زال» .

ج ٣٧ / ١٧٣

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٢٠.

(٢) في المصدر بدلها: الثانية.

(٣) الهامش قبل السابق: ص ٢٢١.

(٤) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة للمصدر ـ بدلها: تمعّط.

«هكذا قيل ، وهذا يتمّ في الشعر ، أمّا في السنّ فلا ؛ لأنّ لها مقدّراً في الحرّ ، فيكون حكمها في الرقّ بنسبته من القيمة»[1].

قلت : لا يخفى عليك الحال في ذلك كلّه بعد الإحاطة بما ذكرناه من الضابط المزبور ، كما أنّه لا يخفى عليك خروج ضمان نحو الصوف والورق عمّا نحن فيه؛ ضرورة كونها أعياناً مملوكةً لا مدخليّة للمتجدّد منها في ماليّة الذاهب ، بل ولا إطلاقه الفرق بين الشعر والسنّ ، كما تعرفه في محلّه إن شاء الله تعالى ، فتأمّل جيّداً .

ولو زادت قيمة الجارية بتعلّم صنعة محرّمة كالغناء ثمّ نسيته ، ففي المسالك : «قيل : لم يضمن النقصان لأنّه محرّم ، والمضمون الزيادة المحترمة . وربّما احتمل هنا الغرم؛ لأنّ الواجب على الغاصب قيمتها كذلك ، ولهذا لو غصب عبداً مغنّياً يغرم تمام قيمته»[2].

قلت : ينبغي الجزم بالاحتمال المزبور ، ولا ينافي ذلك ما سمعته[3] من عبارة القواعد من تقييد المنافع المضمونة بالمباحة ، لأنّ الظاهر إرادة إخراج المنافع المحرّمة كالغناء واللعب بآلات اللهو ... ونحو ذلك ممّا هو غير زيادة القيمة بتعلّم العلوم التي استعمالها محرّم كالسحر والموسيقى وغيرهما ممّا يزيد في القيمة معرفته وإن لم يستعمله ، ولو لأنّه قد يحتاج إليه على وجهٍ لا حرمة فيه ، كما هو واضح .

↑ ج ٣٧ / ١٧٤

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٢١.

(٢) المصدر السابق.

(٣) في ص ٢٥٤.

الفرع ﴿الثاني: لا يضمن من الزيادة المتّصلة ما لم تزد به[١] القيمة، كالسمن المفرط﴾ في الحيوان الذي لا يراد فيه ذلك ﴿إذا زال والقيمة على حالها أو زائدة﴾ بلا خلاف[٢] ولا إشكال؛ إذ المعتبر من هذه الصفات ما له أثر في القيمة دون غيره، من غير فرق بين الموجود حال الغصب والمتجدّد، بل قد عرفت أنّ المدار على قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»[٣] مضافاً إلى قاعدة «على اليد...»[٤].

وكأنّه احترز بقوله: «والقيمة بحالها» عمّا لو كان بعض السمن لا أثر له في القيمة وبعضه له أثر، فزال الجميع، فإنّه يضمن قيمة ما له أثر فيها دون ما زاد عليه، والله العالم.

﴿المسألة[٥] الرابعة﴾

لا خلاف[٦] ولا إشكال في أنّه ﴿لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد﴾ الذي معناه عدم ترتّب الأثر عليه، فيبقى حينئذٍ على

---

(١) في نسخة الشرائع: بها.

(٢) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٤، وقواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٢، وجامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٨٥، وكفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٥٣.

(٣) تقدّم في ص ١٧.

(٤) تقدّم في ص ١١٢.

(٥) ليست في نسخة المسالك.

(٦) كما في رياض المسائل: الغصب / الأمر الثالث ج ١٤ ص ٤٣.

ملك المالك. وتسميته شراءً ـ مع فساده ـ لأعمّيّة البيع من الصحيح والفاسد، أو مجازاً بناءً على أنّه حقيقة في الصحيح، وإن كان هو واضح الفساد، بل مقتضاه الإجمال المقتضي لبطلان الاستدلال على نفي ما شكّ فيه من الشرائط والموانع بناءً على احتماله.

ج ٣٧ / ١٧٥

﴿و﴾ كذا لا خلاف[1] ولا إشكال في أنّه أي المشتري ﴿يضمنه وما يتجدّد من منافعه﴾ أعياناً وغيرها.

لأصالة الضمان المستفاد من عموم «على اليد...»[2] وغيرها، وهو مبنى قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»[3].

مضافاً إلى إقدامه على كونه مضموناً عليه لو صحّ البيع ـ بمعنى أنّ تلفه من ماله ـ فيكون في فاسده كذلك، بل لا غرور فيه بالنسبة إلى ذلك في صورة علم البائع بالفساد فضلاً عن غيرها، ومن هنا لم يفرّقوا في الضمان المزبور بين العالمين والجاهلين والمختلفين، ووسوسة بعض الناس في صورة العالمين أو علم البائع[4] في غير محلّها.

﴿و﴾ كذا يضمن ﴿ما يزداد من قيمته لزيادة صفة فيه﴾ ولو متجدّدة في يده ثمّ ذهبت فنقصت قيمته ﴿فـ﴾ يردّه حينئذٍ مع الأرش؛

---

(١) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٤ ـ ٦٥، والسرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٨، وقواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٨، ورياض المسائل: (الهامش السابق: ص ٤٣ ـ ٤٤).

(٢) تقدّم في ص ١١٢.

(٣) تقدّمت في ص ١٠٩.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: المتاجر / في العوضين ج ٨ ص ١٩٢.

إذ هو حينئذٍ كالعين المغصوبة في هذه الأحكام.

بل في المتن وغيره[١]: ﴿إن تلف[٢] في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين قبضه إلى حين تلفه إن لم يكن مثليّاً﴾ لأنّه من المغصوب الذي عرفت حكمه كذلك عند المصنّف وغيره؛ باعتبار أنّ المالك لم يأذن في قبضه إلّا على تقدير صحّة البيع، فبدونه يكون موضوعاً بيده بغير حقّ.

لكن في المسالك: «هذا يتمّ على تفسير الغصب بأنّه الاستيلاء على مال الغير بغير حقّ، أمّا لو اعتبرنا العدوان لم يتمّ كونه غاصباً إلّا بتقدير علمه بالفساد وجهل البائع، أمّا مع جهلهما أو جهل المشتري فليست يده يد عدوان، والوجه حينئذٍ: أنّه يضمن القيمة يوم التلف إن لم نقل في الغاصب مطلقاً كذلك، وإلّا كان الحكم فيه كذلك مطلقاً بطريق أولى»[٣].

↑ ج ٣٧ / ١٧٦

وفيه: أنّه على تقدير العلم ليس بغاصب أيضاً؛ لما عرفت من أنّه القاهر غيره، كما عرفت أنّ الوجه في ضمان الأعلى إن كان صحيح أبي ولّاد[٤] اختصّ بالغاصب، وإلّا فما ذكرناه من الوجه له لا يخصّه، خصوصاً إذا قلنا: إنّ وجهه الدخول في الضمان بمجرّد القبض على

---

(١) كقواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٨.

(٢) في نسخة الشرائع: تلفت.

(٣) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٢٣.

(٤) تقدّم مقطعان منه في ص ١٥١ و١٥٢.

معنى كونه مخاطباً بردّه ـ أو قيمته لو تلف ـ في كلّ آن، فإذا فرض حصول العليا في ذمّته في آن من الآنات لا دليل على سقوطها إلّا إذا ردّ العين نفسها.

والأمر سهل بعد ما عرفت من تحقيق الحال في المغصوب، فضلاً عن مفروض المقام.

وكيف كان، فلا يخفى عليك أنّ المقام ـ حيث يكون الفساد من جهة كون المبيع مستحقّاً للغير ـ من مسألة تعاقب الأيدي على المغصوب التي قد عرفت تحقيق الحال فيها، كما أنّه تقدّم في كتاب البيع جملة من أحكام المسألة[١]، إلّا أنّ المصنّف وغيره[٢] ذكروا ذلك منها هنا باعتبار بعض الأحكام الخاصّة بها من حيث الشراء من الغاصب، فقال:

﴿ولو اشترى من غاصب﴾ ولم يجز بناءً على جريان الفضولي فيه ﴿ضمن العين والمنافع﴾ على حسب ما عرفت ﴿ولا يرجع على الغاصب﴾ بشيء إذا غرم منهما ﴿إن كان عالماً﴾ ضرورة كونه كالغاصب حكماً؛ إذ لا غرور منه.

﴿و﴾ لكن ﴿للمالك الرجوع على أيّهما شاء﴾ في المطالبة بالعين أو بدلها ومنافعها وصفاتها حتّى المتجدّد في يد المشتري منها؛ لأنّ كلّاً منهما مصداق «على اليد ما أخذت»[٣] و«المغصوب مردود»[٤]

↑ ج ٣٧ / ١٧٧

---

(١) في ج ٢٣ ص ٦٦٤...

(٢) كالعلّامة في القواعد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٨.

(٣) تقدّم في ص ١١٢.

(٤) تقدّم في ص ٨ بعنوان «الغصب كلّه مردود».

وغير ذلك من الأدلّة كتاباً[١] وسنّةً[٢] وإجماعاً بقسميه[٣].

﴿فإن رجع على الغاصب﴾ بالبدل ﴿رجع الغاصب على المشتري﴾ الذي استقرّ الضمان عليه بالتلف في يده؛ لعدم الغرور.

﴿و﴾ لذلك ﴿إن رجع﴾ المالك ﴿علي﴾ه أي ﴿المشتري لم يرجع على الغاصب﴾ بشيء ﴿لاستقرار التلف في يده﴾ الموجب للرجوع عليه، كما أوضحناه في مسألة تعاقب الأيدي.

نعم، لو كان قبل بيعه قد استوفى شيئاً من المنافع، أو مضى زمان يمكن استيفاء شيء منها فيه، أو نقصت في يده نقصاناً مضموناً، اختصّ بضمانه من غير أن يرجع به على المشتري ابتداءً أو عوداً.

بل لا رجوع للمشتري على الغاصب مع علمه حتّى بالثمن مع تلفه إجماعاً[٤]؛ عقوبةً له.

بل في المسالك: «أنّ الأشهر عدم الرجوع به مع وجود عينه، بل ادّعى عليه في التذكرة الإجماع»[٥].

وإن كان لا يخلو من نظر قد تقدّم في كتاب البيع[٦]، بل عن المصنّف في بعض رسائله قول: بجواز الرجوع به حينئذٍ[٧]، بل في الروضة:

(١ ـ ٣) تقدّمت الإشارة إلى جملة منها في ص ٤٥ ـ ٤٦ و١١١.

(٤) كما في مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٢٤.

(٥) المصدر السابق.

(٦) في ج ٢٣ ص ٤٩٠.

(٧) المسائل الطبريّة (الرسائل التسع): مسألة ٤ ص ٣٠٦ ـ ٣٠٧.

حكايته عنه مطلقاً، بل قوّاه هو فيها مصرّحاً بأنّ الواقع خلاف الإجماع المزبور[١]، بل الشهيد في اللمعة أيضاً صرّح بالرجوع مع بقاء العين مع العلم والجهل[٢]، ولا ريب في قوّته من حيث القواعد.

ج ٣٧ / ١٧٨

هذا كلّه مع علمه.

﴿وإن كان المشتري جاهلاً بالغصب رجع على البائع بما دفع من الثمن﴾ إن كان باقياً وبدله إن كان تالفاً؛ لظهور فساد العقد الموجب لترادّ العوضين.

ثمّ إن كانت قيمة العين بقدر الثمن فذاك، وإن كانت أزيد ففي رجوعه على الغاصب بالزيادة عن الثمن وجهان: من أنّ الشراء عقد ضمان، وقد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه وإن كان الشراء صحيحاً. ومن دخوله على أن يكون المجموع في مقابلة الثمن، وهو يقتضي كون الزائد عليه في معنى التبرّع به وإعطائه إيّاه بغير عوض، فأخذ[٣] منه عوضه فيرجع[٤] به.

وفي المسالك: «وهذا قويّ، ولا يمنع من ذلك كون البيع عقد ضمان؛ لأنّه إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنّه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقرّ عليه الثمن فهذا مسلّم، ولكن لم يكن شارعاً فيه

---

(١) الروضة البهيّة: المتاجر / الفصل الثاني ج ٣ ص ٢٣٥.

(٢) اللمعة الدمشقيّة: المتاجر / الفصل الثاني ص ١١٠.

(٣) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: فإذا أخذ.

(٤) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: رجع.

على أن يضمن القيمة ، ومعلوم أنّه لو لم يكن المبيع مغصوباً لم يلزمه شيء بالتلف ، غايته أن يكون ما قابل الثمن من المبيع مأخوذاً بعوضه والباقي سالم له بغير عوض ، فكان الغاصب غارّاً موقعاً إيّاه في خطر الضمان ، فليرجع عليه . وإن كان المراد غيره فلِمَ قلتم : إنّ الشراء عقد ضمان مطلقاً؟!» .

«وحينئذٍ فإن رجع المالك على المشتري جاهلاً بعوض المبيع لم يرجع به على الغاصب البائع إن لم تزد قيمته عن الثمن ، وإن رجع به على الغاصب رجع به على المشتري ، وإن رجع بالزيادة على المشتري رجع بها على الغاصب ، وإن رجع بها على الغاصب لم يرجع بها على المشتري» .

«ويظهر من إطلاق المصنّف عدم رجوع المشتري بالدرك مثلاً أو قيمةً ، ومن تعليله بكون قبضه مضموناً عدم رجوعه بالزائد . وقد عرفت جواب التعليل»[1] .

↑ ج ٣٧ / ١٧٩

قلت : الظاهر صحّة إطلاق المصنّف ﴿وللمالك مطالبته بالدرك إمّا مثلاً أو قيمةً، ولا يرجع[2] بذلك على الغاصب؛ لأنّه قبض ذلك مضموناً. ولو طالب الغاصب بذلك رجع الغاصب على المشتري[3]﴾ الذي هو غير مغرور بالنسبة إلى ذلك ، ويده يد ضمان

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٢٥ ـ ٢٢٦.

(٢) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: «المشتري» مجعولةً في نسخة المسالك بين معقوفتين.

(٣) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: «ولو طالب المشتري لم يرجع على الغاصب» مجعولةً ←

للشيء مثلاً أو قيمةً لو فسد البيع بفساد صيغة ونحوها، كما لا إشكال في عدم رجوعه به، وهذا معنى إقدامه على كون العين مضمونة عليه، لا ما ذكره.

وما في الروضة من «أنّ ضمانه للمثل والقيمة أمر زائد على فوات العين الذي قد قدم على ضمانه، وهو مغرور من البائع بكون المجموعُ له بالثمن، فالزائد بمنزلة ما رجع عليه به، وقد حصل في مقابلته نفع بل أولى»(١) لا محصّل له، خصوصاً قوله: «فالزائد...» إلى آخره، بناءً على عدم رجوعه بمثله.

ثمّ قال: «هذا إذا كانت الزيادة على الثمن موجودة حال البيع، أمّا لو تجدّدت بعده فحكمها حكم الثمرة، فيرجع بها أيضاً كغيرها ممّا حصل له نفع في مقابله على الأقوى؛ لغروره ودخوله على أن يكون ذلك له بغير عوض»(٢).

وهو مثل سابقه أيضاً؛ ضرورة كون الإقدام المزبور إنّما هو على تقدير صحّة البيع لا مطلقاً؛ إذ هو معنى كون البيع عقد ضمان كما عرفت. ودعوى: أنّ الفعل نفسه غرور ممنوعة بعد ما عرفت من كون مبناه كذلك، نحو الفساد بغير ذلك من الخلل في الشرائط الذي

← في نسخة المسالك بين معقوفتين.

(١) الروضة البهيّة: المتاجر / الفصل الثاني ج ٣ ص ٢٣٦ ـ ٢٣٧.

(٢) المصدر السابق: ص ٢٣٧ ـ ٢٣٨.

لا كلام عندهم في ضمان المشتري المبيع بزيادة قيمته حتّى مع علم البائع بالفساد دون المشتري، وإن وسوس فيه بعض الناس[١]، لكنّه في غير محلّه.

واحتمال الفرق: بأنّ ذلك إنّما نشأ من الجهل بالحكم الشرعي الذي لا مدخليّة فيه للبائع؛ بخلاف المقام الذي منشؤه الجهل بالموضوع، والفرض علم البائع به دونه.

↑ ج ٣٧ / ١٨٠

يدفعه أوّلاً: أنّ المسألة عندهم عامّة لما إذا كان البائع عالماً أو لا، وإن فرضت في المقام مخصوصة.

وثانياً: مبنى الضمان عندهم أنّ فعل البائع من التسبيب الذي ترتّب عليه فعل المشتري، سواء كان البائع عالماً أو لا، كتسبيب حفر البئر للتردّي فيها وإن لم يقصد الحافر ذلك ولا علمه.

وفيه: إمكان منع التسبيب المقتضي للضمان، فضلاً عن كون القرار عليه، خصوصاً بعد ملاحظة ما ذكرنا من أنّ مقتضى الإقدام على المعاوضة ذلك، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

هذا كلّه بالنسبة إلى الثمن.

﴿و﴾ أمّا **﴿ما يغترمه[٢] المشتري ممّا لم يحصل له في مقابلته نفع كالنفقة والعمارة﴾** إذا نقضها المالك **﴿فله الرجوع به على البائع﴾**

---

(١) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٥٥.

(٢) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: يغرمه.

الذي هو الغاصب؛ لأنّه دخل على أن يكون ذلك له بغير غرم، وإنّما جاء الضرر من تغرير الغاصب، وكذا القول في أرش نقصانه.

وظاهرهم عدم الخلاف فيه، معلّلين له: بالغرور الذي هو من السبب المقتضي للضمان مقدّماً على غيره ممّا هو أضعف منه.

وهو إن تمّ إجماعاً فذاك، وإلّا كان للنظر فيه مجال لا يخفى عليك وجهه بعد الإحاطة بما ذكرناه من منع[1] مثله سبباً يقتضي الضمان على وجهٍ يقدّم على مباشرة المشتري، مضافاً إلى اقتضاء معنى كون البيع عقد ضمان على الوجه الذي ذكرناه ذلك أيضاً، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿و﴾ من ذلك: ما ﴿لو﴾ كان المبيع جارية فـ﴿أولدها المشتري، كان﴾ الولد ﴿حرّاً﴾ قطعاً؛ لأنّه ولد شبهة من الحرّ فيلحق بأبيه ﴿و﴾ إن ﴿غرم قيمة الولد﴾ للمالك؛ باعتبار أنّه نماء ملكه وقد أتلفه عليه.

↑ ج ٣٧ / ١٨١

﴿و﴾ لكن ﴿يرجع بها على البائع﴾ الغاصب، كما صرّح به في الموثّق[2]، ولأنّه أقدم على أن يسلم له الولد حرّاً من غير غرامة.

والكلام في تخيير المالك كغيره من مسائل الغرور، فقيل[3]:

---

(١) الأولى إضافة «كون» بعدها.

(٢) روي هذا المضمون في الأخبار الصحيحة أيضاً. انظر وسائل الشيعة: باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ٢٠٣.

(٣) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٤٢.

لا يرجع المالك إلّا على الغاصب باعتبار كونه الغارّ ﴿وقيل[١] في هذه: له مطالبة أيّهما شاء، لكن لو طالب المشتري﴾ المغرور ﴿رجع﴾ بها ﴿على البائع﴾ الغاصب الغارّ ﴿ولو طالب البائع لم يرجع﴾ بها ﴿على المشتري﴾ لأنّ قرار الضمان عليه؛ لأنّه أقوى.

﴿وفيه احتمال آخر﴾ وهو ـ كما في المسالك ـ إلحاق عوض الولد بما حصل له نفع في مقابلته كالمهر؛ لأنّ نفع حرّيّة الولد يعود إليه[٢].

ويمكن أن يريد به احتمال عدم التخيير، بل يتعيّن رجوع المالك ابتداءً على البائع بناءً على كونه الغارّ، نحو ما سمعته فيمن قدّم إلى غيره طعام الغير وأكله. والأمر سهل، خصوصاً بعد ما عرفت من أنّ الأصحّ في تلك التخيير.

﴿أمّا ما حصل للمشتري في مقابلته نفع؛ كسكنى الدار وثمرة الشجر[٣] والصوف واللبن، فقد قيل: يضمنه الغاصب لا غير؛ لأنّه سبب الإتلاف، ومباشرة المشتري مع الغرور ضعيفة، فيكون السبب أقوى، كما لو غصب طعاماً وأطعمه المالك﴾ الذي قد عرفت الكلام فيه سابقاً[٤].

---

(١) اختاره في مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٢٧ ـ ٢٢٨.

(٢) المصدر السابق: ص ٢٢٨.

(٣) في نسخة الشرائع: الشجرة.

(٤) في ص ٢١٥.

﴿وقيل: له إلزام أيّهما شاء؛ أمّا الغاصب فلمكان الحيلولة، وأمّا المشتري فلمباشرة الإتلاف، فإن رجع على الغاصب رجع على المشتري لاستقرار التلف في يده، وإن رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب﴾ لما عرفت من كون قرار الضمان عليه، وهو المحكي عن الشيخ[1] وابن إدريس[2].

ج ٣٧ / ١٨٢

﴿والأوّل أشبه[3]﴾ عند المصنّف هنا وفي كتاب التجارة[4] ومحكيّ التنقيح[5]؛ لقوّة السبب على المباشر، بل لو قلنا بجواز رجوع المالك على المشتري ـ باعتبار حصول التلف في يده ـ كان له الرجوع على الغاصب للغرور؛ فإنّه أقدم على أن تكون هذه المنافع له مجّاناً من غير دفع عوض، فهو كما لو قدّم إليه طعام الغير وأكله فرجع المالك عليه.

لكن لعلّ خلافهم هنا يومئ إلى عدم تحقّق قاعدة الغرور في المقام، وإلّا فلا مدخليّة لحصول النفع في مقابلته؛ إذ ليس هو بأعظم من أكل المغرور الطعام الذي قدّم إليه، ومع ذلك جزموا بكون الضمان أو قراره على الغارّ.

ولعلّه لذا قال في الرياض: «والقول بعدم الرجوع أوفق بالأصل مع

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧١.

(٢) السرائر: المتاجر / بيع الغرر، وباب الغصب ج ٢ ص ٣٢٥ و٤٩٣.

(٣) «والأوّل أشبه» جعلت في نسخة المسالك بين معقوفتين.

(٤) شرائع الإسلام: التجارة / عقد البيع ج ٢ ص ١٤.

(٥) التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الثالث ج ٤ ص ٧٥.

عدم معلوميّة صلوح المعارض للمعارضة، بناءً على عدم وضوح دليل على ترتّب الضمان على الغارّ بمجرّد الغرور وإن لم يلحقه ضرر، كما فيما نحن فيه بمقتضى الفرض؛ لاستيفائه المنفعة في مقابلة ما غرمه، والإجماع على هذه الكلّيّة غير ثابت بحيث يشمل مفروض المسألة. نعم، ربّما يتوجّه الرجوع حيث يتصوّر له الضرر بالغرور، كما إذا أُخذت منه قيمة المنافع أزيد ممّا يبذله هو في مقابلتها من غير ملكه... ونحو ذلك»[1].

وإن كان ما ذكره لا يخلو من نظر؛ ضرورة عدم مدخليّة التضمين بقاعدة الغرور[2] في حصول الضرر وعدمه، بل هو من باب قوّة السبب على غيره ولو المباشرة[3].

نعم، إنّما المتّجه ما ذكرناه من منع تحقّق الغرور الذي يترتّب عليه الضمان؛ إذ المسلّم منه ما يترتّب فعل الغير على فعله من حيث المجّانيّة ابتداءً، كالإباحة والهبة والعارية ونحوها، بخلاف ترتّب فعل المشتري هنا على زعم كونه مالكاً الحاصل من وقوع عقد البيع مع البائع، خصوصاً مع جهل البائع بالحال كالمشتري، فتأمّل.

↑ ج ٣٧ / ١٨٣

ولو كان المغصوب جاريةً بكراً فافتضّها المشتري فرجع عليه

---

(١) رياض المسائل: الغصب / الأمر الثالث ج ١٤ ص ٤٧.

(٢) تقدّمت في ص ٢٢٠.

(٣) تحتمل المعتمدة: المباشر.

بالعوض، ففي المسالك: «في رجوعه به الوجهان؛ لحصول نفع في مقابلته، وأولى بعدم الرجوع هنا لو قيل به ثَمَّ؛ لأنّه بدل جزء فيها أتلفه، فأشبه ما لو قطع عضواً من أعضائها. وأمّا المنافع التي لم يستوفها وفاتت تحت يده فيرجع عليه بها ففي حكم ما لم يحصل له في مقابلته نفع، وأولى بالرجوع؛ لأنّه لم يتلف ولا شرع في العقد على أنْ يضمنها»[1].

قلت: لا يخفى عليك وجه الكلام في الأخير بعد الإحاطة بما ذكرناه إن لم يكن إجماعاً، والظنّ بعدمه؛ فإنّ ملاحظة اختلافهم في مسألة الزيادة ـ ومسألة ما كان له نفع في مقابله، ومسألة حرّيّة الولد، وعدم خلافهم في الرجوع فيما يغرمه من النفقة والعمارة وفيما لا نفع له في مقابلة ما فات تحت يده... وغير ذلك ـ تقتضي عدم تنقيح المسألة عندهم على وجهٍ تكون إجماعيّة، وإن أمكن وجه الفرق بين مسألة الزيادة والغرامة: بأنّ الزيادة من مقتضى ضمان المعاوضة الذي أقدم عليه فلا رجوع له بها، بخلاف الغرامة، فإنّها خارجة عن المعاوضة، وإنّما تترتّب على إيقاع البائع البيع كتقديم الطعام للأكل. وإن كان فيه ما فيه أيضاً، كما لا يخفى عليك بعد التأمّل فيما ذكرناه، والله العالم.

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٢٨.

المسألة ﴿الخامسة﴾

التي تقدّم في كتاب البيع[١] والنكاح[٢] تفصيل الكلام فيها، ولكن لا بأس بإعادته على الإجمال هنا، فنقول:

ج ٣٧ / ١٨٤

﴿لو غصب﴾ غاصب ﴿مملوكةً فوطئها؛ فإن كانا﴾ معاً ﴿جاهلين بالتحريم﴾ للجهل بتحريم الزنا مطلقاً، أو لتوهّم حلّها خاصّة لدخولها بالغصب في ضمانه، وإن كان لا تقبل دعواهما ذلك إلّا مع احتمالها؛ للقرب من عهد الإسلام، أو للتولّد في موضع بعيد منه، أو لقصور في معرفة ذلك، أو لظنّ أنّها جاريته وأنّه سيّدها... أو لغير ذلك ﴿لزمه مهر أمثالها﴾ كما عن المبسوط[٣] والسرائر[٤] والتحرير[٥] وجامع المقاصد[٦] وغيرها[٧] ﴿للشبهة﴾ المقتضية ضمان قيمة منفعة البضع المقدّرة بذلك بعد عدم التقدير شرعاً.

﴿وقيل﴾ كما عن بعض أصحابنا على ما في محكيّ السرائر[٨]: ﴿عشر قيمتها إن كانت بكراً، ونصف العشر إن كانت ثيّباً﴾ بل

---

(١) في ج ٢٥ ص ٤٤٦ ...

(٢) في ج ٣١ ص ٣٩٢...

(٣) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٥ ـ ٦٦.

(٤) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٩.

(٥) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٤٣.

(٦) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٠٩.

(٧) كمسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٢٩ ـ ٢٣٠، ومجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٤٨ و ٥٥٠.

(٨) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٩.

هو خيرة الإرشاد[١] والدروس[٢] هنا، بل قد تقدّم في كتاب النكاح[٣] ما يستفاد منه قوّته؛ للنصوص المستفيضة حدّ الاستفاضة أو متواترة ـ التي فيها الصحيح وغيره ـ المشتملة على التعليل المستفاد منه عدم الاختصاص في المورد، وعلى التفصيل الذي يحكم به على المطلق منها:

قال ابن سنان في الصحيح: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل اشترى جارية لم يعلم بحبلها، فوطئها؟ قال: يردّها على الذي ابتاعها، ويردّ عليه نصف عشر قيمتها لنكاحه إيّاها...»[٤].

وفي الكافي: «وفي رواية أُخرى: إن كانت بكراً فعشر قيمتها، وإن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها»[٥].

↑ ج ٣٧ / ١٨٥

وفي حسن عبد الملك بن عمر[٦] عن أبي عبد الله عليه السلام: «... يردّ الحبلى ويردّ معها نصف عشر قيمتها»[٧].

---

(١) إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٧.

(٢) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٥.

(٣) في ج ٣١ ص ٣٩٢.

(٤) الكافي: المعيشة / باب من يشتري الرقيق ح ٢ ج ٥ ص ٢١٤، تهذيب الأحكام: التجارات / باب ٥ العيوب الموجبة للردّ ح ١٠ ج ٧ ص ٦١، وسائل الشيعة: باب ٥ من أبواب أحكام العيوب ح ١ ج ١٨ ص ١٠٥.

(٥) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ذيل ح ٣، و«الوسائل»: ح ٤ ص ١٠٦.

(٦) في الكافي والوسائل: «عبد الملك بن عمير»، وفي التهذيب: «عبد الملك بن عمرو».

(٧) انظر «الكافي» قبل ثلاثة هوامش: ح ٣، و«التهذيب»: ح ١١ ص ٦٢، و«الوسائل»: ح ٣.

ونحوه خبرا فضيل[١] وسعيد بن يسار[٢].

وما في التهذيب ـ من رواية حسنة أُخرى لعبد الملك عنه عليه السلام أيضاً: «في الرجل يشتري الجارية وهي حبلى، فيطأها؟ قال: يردّها ويردّ عشر ثمنها إذا كانت حبلى»[٣] ـ محمول على الغلط من الراوي أو الناسخ بإسقاط لفظ «نصف» ليطابق غيره.

وفي خبر طلحة بن زيد: «إذا اغتصب الرجل أمة فاقتضّها فعليه عشر ثمنها، فإن كانت حرّة فعليه الصداق»[٤].

وفي الصحيح سأل الصادق عليه السلام: «... أرأيت إن أحلّ جارية لأخيه ما دون فرجها، فغلبته الشهوة فاقتضّها؟ قال: يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها»[٥].

وفي صحيح ابن صبيح: «في رجل تزوّج امرأة فوجدها أمة دلّست نفسها؟ ـ إلى أن قال عليه السلام: ـ ولمواليها عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها...»[٦].

---

(١) انظر «التهذيب» قبل أربعة هوامش: ح ١٥ ص ٦٢، و«الوسائل»: ح ٨ ص ١٠٧.

(٢) انظر «التهذيب» قبل خمسة هوامش: ح ١٦ ص ٦٢، و«الوسائل»: ح ٩ ص ١٠٨.

(٣) انظر «التهذيب» قبل ستّة هوامش: ح ١٢ ص ٦٢، و«الوسائل»: ح ٧ ص ١٠٧.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ١٤٣ ج ٧ ص ٤٨١، وسائل الشيعة: باب ٤٥ من أبواب المهور ح ٢ ج ٢١ ص ٣٠٤.

(٥) الكافي: النكاح / باب الرجل يحلّ جاريته لأخيه ح ١ ج ٥ ص ٤٦٨، وسائل الشيعة: باب ٣٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٣٢.

(٦) الكافي: النكاح / باب المدالسة في النكاح ح ١ ج ٥ ص ٤٠٤، وسائل الشيعة: باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٨٥.

إلى غير ذلك من النصوص المذكورة في كتاب النكاح[١] ووطء أحد الشريكين في البيع[٢].

ج ٣٧ / ١٨٦

بل حكيت الشهرة على هذا القول مستفيضاً[٣] فيما إذا ظهر استحقاق الأمة الموطوءة، بل عن صريح خلاف الشيخ[٤] وظاهر إيضاح النافع[٥] الإجماع عليه.

فمن الغريب بعد ذلك دعوى أنّ القول المزبور في غاية الضعف وأنّ دليله في غير مورد البحث.

بل من النصوص المزبورة يستفاد ضعف القول بمهر المثل إن لم يكن المراد به المذكور في النصوص المزبورة.

كما أنّ منها يستفاد ضعف القول الآخر الذي أشار إليه المصنّف بقوله: ﴿وربّما قصر بعض الأصحاب هذا الحكم﴾ أي مهر المثل أو العشر ونصفه ﴿على الوطء بعقد الشبهة﴾ دون الوطء بغيره؛ لأنّ منفعة البضع لا تضمن بدونه كما يظهر في الزانية. وكأنّه من الاجتهاد في مقابل النصّ والفتوى، بل الإجماع.

---

(١) في ج ٣١ ص ٣٨٥... و ٦٥٢...

(٢) في ج ٢٥ ص ٤٨٠ ...

(٣) مسالك الأفهام: التجارة / بيع الحيوان ج ٣ ص ٣٩٢، مجمع الفائدة والبرهان: المتاجر / بيع الحيوان ج ٨ ص ٢٨٨، كفاية الأحكام: التجارة / بيع الحيوان ج ١ ص ٥١٩، الحدائق الناضرة: البيع / بيع الحيوان ج ١٩ ص ٤٥٢.

(٤) الخلاف: البيوع / مسألة ٢٥١ ج ٣ ص ١٥٨ ـ ١٥٩.

(٥) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٣٠٤.

كما أنّ الظاهر من النصوص المزبورة عدم عشر آخر عوض البكارة التي أُزيلت بالوطء المشتمل على استيفاء منفعة البضع وجناية زوال البكارة.

ولعلّه لذا قال بعضهم بوجوب عشر آخر ـ مضافاً إلى وجوب العشر ـ لو اقتضّها بالإصبع[1]، فلو اكتفي به في الوطء أيضاً كان الانتفاع بالوطء بغير عوض.

إلّا أنّ ذلك كما ترى كالاجتهاد في مقابلة النصّ ـ أو الظاهر كالنصّ ـ المعتضد بالأصل وغيره.

ومن هنا استظهر في الدروس التداخل على تقدير وجوب العشر دون مهر المثل، قال: «ولو كانت بكراً فعليه مع المهر أرش البكارة إن قلنا بمهر المثل، وإن قلنا بالعشر فالظاهر التداخل»[2].

ولعلّه لظهور نصوص العشر فيه، بخلاف مهر المثل الذي مستنده ـ على القول به ـ القاعدة التي لا يدخل فيها أرش الجناية.

↑ ج ٣٧ / ١٨٧

لكن قد يناقش أوّلاً: بظهور نصوص أُخر[3] فيه كالعشر، قد تقدّمت في المباحث السابقة.

وثانياً: بأنّ مهر المثل ملحوظ فيه أرش البكارة، كما في الحرّة التي لا أجد أحداً ممّن يعتدّ به ذكر فيها أرش الجناية مضافاً إلى المهر،

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٣١.

(٢) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٥.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٢ من أبواب حدّ الزنا ج ٢٨ ص ١١٨.

وحينئذٍ ﴿فـ[١]﴾ يدخل فيه دية البكارة.

نعم ﴿لو اقتضّها[٢] بإصبعه لزمه دية البكارة﴾ وهي العشر، أو التفاوت، أو أكثر الأمرين، وهو الأصحّ كما سمعته سابقاً في جناية الغاصب.

﴿ولو[٣] وطئها مع ذلك لزمه الأمران﴾ لأنّهما حينئذٍ سببان مستقلّان والأصل عدم تداخلهما، كما جزم بذلك كلّه في التحرير وغيره[٤]، قال: «ولو اقتضّها بإصبعه لزمه أرش البكارة، فإن وطئها بعد ذلك لزمه الأمران، ولو ذهبت البكارة بالوطء لم يجب أكثر من المهر أو العشر»[٥].

ومن ذلك يعرف النظر فيما في المسالك، حيث إنّه ـ بعد أن ذكر وجه وجوب الأمرين في الاقتضاض بالإصبع ثمّ الوطء ـ قال: «وذهب جماعة ـ منهم العلّامة في التحرير والشهيد في الدروس ـ إلى التداخل؛ لأنّ البكارة ملحوظة على تقدير وجوب المهر أو العشر، ويزيد باعتبارها الواجب، ولو وجب أرش البكارة منفرداً لزم وجوب مهر ثيّب لا بكر كما لو اقتضّها بإصبعه ثمّ وطئها، فلا وجه للجمع بينهما».

---

(١) في نسخة المسالك: و.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: افتضّها.

(٣) في نسخة الشرائع بدلها: « [ولو افتضّها بإصبعه] ثمّ».

(٤) كقواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٦.

(٥) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٤٣ ـ ٥٤٤.

«وأُجيب: بأنّ ملاحظة البكارة في مهر المثل أو العشر لا يقتضي التداخل؛ لأنّ ملاحظتها من حيث إنّ وطء البكر خلاف وطء الثيّب، فملاحظتها باعتبار الوطء لا باعتبار الجناية، فلابدّ للبكارة من شيء زائد، وهو عشر آخر على قول، أو أرش نقصان قيمتها عن حالة البكارة إلى الثيبوبة؛ نظراً إلى نقصان[1] الماليّة»[2].

↑ ج ٣٧ / ١٨٨

وفيه أوّلاً: أنّك قد سمعت ما في التحرير والدروس من التداخل في الوطء، دون الفرض الذي لم يحضرني أحد قال بالتداخل فيه، بل ولا وجه معتدّ به له، ويمكن أن يكون نصّ المصنّف وغيره عليه للتنبيه على خلاف بعض العامّة.

وثانياً: أنّ ما ذكره من عدم التداخل في صورة الوطء وإن كان هو المحكي عن المبسوط[3] والتذكرة[4] وجامع المقاصد[5] وبيع الروضة[6] ومحتمل السرائر[7] لما ذكره من التعليل، إلّا أنّك عرفت ظهور النصوص ـ على كثرتها ـ في عدم وجوب شيء غير العشر أو مهر المثل، خصوصاً مع ملاحظة أنّها في مقام البيان، بل يمكن أن يكون من قبيل الاجتهاد

(١) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة للمصدر ـ بدلها: نقص.

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٣٠ ـ ٢٣١.

(٣) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: الغصب / تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٦ (الطبعة الحجرية).

(٥) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣١٠.

(٦) الروضة البهيّة: المتاجر / الفصل الثالث ج ٣ ص ٣٢٨.

(٧) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٩، والحدود / أقسام الزناة ج ٣ ص ٤٤٩.

في مقابلة النصّ.

نعم، بقي شيء في مفروض المسألة: وهو احتمال استحقاق مهر البكر وإن كان وطؤها بعد الاقتضاض بالإصبع، بناءً على أنّ المراد من البكر هي التي لم توطأ وإن ذهبت بكارتها بإصبع ونحوه، إلّا أنّ المنساق إلى الذهن خلافه، فتستحقّ حينئذٍ في الفرض أرش البكارة ومهر الثيّب نصف العشر أو غيره.

وعلى كلّ حال، فقد ظهر لك ممّا ذكرناه: أنّ القول بالتداخل في زوال البكارة بالوطء ـ لذلك ـ لا يقتضي القول به في مفروض المسألة، وهو واضح.

كما أنّ منه يعلم: عدم وجوب أكثر الأمرين به ـ من العشر والتفاوت ـ وإن قلنا به في غير ذلك من جناية الغاصب فيما له مقدّر؛ للنصوص التي منها: المشتمل على الغصب وما في معناه المقتصر على وجوب العشر[1].

فما في القواعد: من احتمال ذلك[2] ـ بل عنه في المختلف الفتوى به[3] ـ لا يخلو من نظر. نعم، هو كذلك فيما لو اقتضّها بإصبعه، كما أشرنا إليه سابقاً.

ج ٣٧ / ١٨٩

(١) تقدّم بعضها في ص ٢٨١.

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٦.

(٣) انظر مختلف الشيعة: الحدود / حدّ الزنا ج ٩ ص ١٥١ ـ ١٥٢، ونقله عنه في رياض المسائل: الحدود / حدّ الزنا (اللواحق) ج ١٥ ص ٥٢٨.

بل الظاهر وجوب العشر أيضاً لو وطئها بالعقد بزعم الصحّة؛ لما سمعته من كون المستفاد من النصوص ـ على كثرتها ـ أنّ ذلك هو المقدّر لها في كلّ وطء محترم لم يثبت له مسمّى، وخصوص خبر المدلّسة[1].

فما في القواعد ـ من احتمال وجوب الأكثر في العقد ـ في غير محلّه، قال فيها: «فلو وطئ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها، أو عشر قيمتها مع البكارة ونصفه مع الثيبوبة، ويحتمل مع البكارة الأكثر من الأرش والعشر، ومع العقد الأكثر من الأرش والعشر ومهر المثل»[2].

وإن كان في قراءة «مهر المثل» بالرفع أو الجرّ إشكال؛ إلّا أنّ الظاهر الأوّل، فيكون احتمالاً مستقلّاً، لا أنّه داخل في الأكثر.

وعلى كلّ حال، فالتحقيق: ما ذكرناه من وجوب العشر مطلقاً، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فلا خلاف[3] ولا إشكال في أنّ ﴿عليه أُجرة مثلها من حين غصبها إلى حين عودها﴾.

نعم، في جامع المقاصد[4] والمسالك[5]: تقييد ذلك بغير زمن الوطء

---

(١) تقدّم في ص ٢٨١.

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٦.

(٣) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٦، والمهذّب: كتاب حظر الغصب ج ١ ص ٤٤٠، وإصباح الشيعة: كتاب الغصب ص ٣٤٢، وتحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٤٢.

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣١٢.

(٥) مسالك الأفهام: الغصب / في الحكم ج ١٢ ص ٢٣١.

الذي قد ضمن فيه منفعة البضع.

وفيه: ـ مع قصور الزمن المزبور بحيث لا يقدح في تقويم أُجرة مثلها ـ أنّه يمكن أن يكون لها منفعة تجامع الوطء، فيضمنها أيضاً.

ثمّ الكلام فيما لو تعدّدت منافعها ـ على وجهٍ يمكن جمعها أو لا يمكن ـ كالكلام السابق، وربّما كان في إطلاق المصنّف وغيره[1] هنا أُجرة المثل إيماء إلى اعتبار الأعلى إذا لم يكن قد استوفاه، ودعوى انطباق أُجرة المثل عليه ممنوعة، كما تقدّم الكلام في ذلك مفصّلاً[2]، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

ج ٣٧ / ١٩٠

﴿ولو أحبلها لحق به الولد﴾ للشبهة، بلا خلاف معتدّ به[3]، بل عن الخلاف[4] والمبسوط[5]: الإجماع على ذلك في مسألة ظهور استحقاق الأمة الموطوءة في باب البيع.

فما عن المقنعة[6] والنهاية[7] ـ من الحكم برقّيّة الولد إلّا أن يرضيه

---

(١) انظر قبل ثلاثة هوامش.

(٢) في ص ٢٥٤...

(٣) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٦، والمهذّب: كتاب حظر الغصب ج ١ ص ٤٤٠، وقواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٦، وجامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣١٣.

(٤) الخلاف: البيوع / مسألة ٢٥٢ ج ٣ ص ١٥٩.

(٥) المبسوط: البيوع / تفريق الصفقة ج ٢ ص ١٥٠.

(٦) المقنعة: التجارة / ابتياع الحيوان ص ٦٠١.

(٧) النهاية: المتاجر / ابتياع الحيوان ج ٢ ص ١٩٤.

الأب عنه بشيء ـ شاذّ، أو يريدان ما ذكره المصنّف ﴿و﴾ غيره[١]: من أنّ ﴿عليه قيمته يوم سقط حيّاً﴾ بل لا أجد فيه خلافاً.

لا لأنّه وقت الحيلولة بين مولى الأمة وبين ما هو من نمائها وتابع لها، فيقوّم حينئذٍ رقيقاً وتدفع قيمته للمولى ـ كما علّله به غير واحد[٢] ـ إذ هو كما ترى.

بل للنصوص المستفاد منها ذلك، ولولاها لأشكل الحال في أصل ضمانه؛ لأنّه حرّ، ولم يكن مالاً للمالك وقد حال الغاصب بينه وبين صاحبه. ودعوى: أنّ المراد بالحيلولة هو أنّه لولا أنّه مشتبه يلحق به الولد لكان ملكاً للمولى، واضحة الفساد.

نعم، قد يقال بضمان الغاصب بتفاوت قيمة الجارية بذلك، لا قيمة الولد، فتأمّل جيّداً؛ فإنّ المسألة غير محرّرة.

وتظهر ثمرة ذلك: فيما تسمعه من عدم الضمان لو سقط ميّتاً وغيره، والله العالم.

﴿و﴾ كذا يضمن الغاصب ﴿أرش ما ينقص من الأمة بالولادة﴾ بلا خلاف[٣] ولا إشكال؛ لما عرفت من ضمان ذلك كلّه على الغاصب، وهو واضح.

---

(١) انظر قبل خمسة هوامش.

(٢) كالشهيد الثاني في المسالك: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٣١.

(٣) كما في غاية المراد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٩.

﴿ولو سقط ميّتاً قال الشيخ رحمه الله[١]﴾ في محكيّ المبسوط[٢]: ﴿لم يضمنه﴾ الغاصب ﴿لعدم العلم بحياته﴾ وتبعه في التحرير[٣] والدروس[٤].

ج ٣٧ / ١٩١

﴿وفيه إشكال، ينشأ: من تضمين الأجنبيّ﴾ لو أسقطه، مع أنّ الأصل أيضاً عدم حياته.

﴿و﴾ لكن ﴿فرّق الشيخ[٥] بين وقوعه بالجناية وبين وقوعه بغير جناية﴾ قال ما لفظه: «لو أحبلها الغاصب جاهلاً بالتحريم ثمّ ولدته ميّتاً لم يضمن الغاصب قيمة الولد؛ لأنّه لا يعلم كونه حيّاً قبل هذا، ولأنّه ما حال بينه وبين سيّده في وقت التصرّف. ولو ضربها أجنبيّ فألقت الجنين ميّتاً فعلى الضارب الضمان؛ لأنّ الإلقاء عقيب ضرب بطنها مسقط للولد غالباً، بخلاف ما إذا سقط لنفسه؛ لأنّ الأصل الموت حتّى يعلم غيره»[٦].

وظاهره التردّد في الفرق، بل هو صريح كلامه الآتي، ومثله الفاضل في القواعد[٧]، بل عن غير واحد الجزم بضعفه؛ باعتبار أنّ

---

(١) «رحمه الله» ليست في نسخة الشرائع.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٦.

(٣) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٤٤.

(٤) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٥.

(٥) في نسخة المسالك بعدها إضافة: رحمه الله.

(٦) تقدّم المصدر آنفاً (بتصرّف في بعض العبائر).

(٧) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٦.

عدم العلم بحياته ثابت على التقديرين[١].

مع أنّه لا يتمّ إطلاقه مع العلم بحياته ولو بولادته بعد الأربعة أشهر أو الخمسة، بناءً على ما في النصوص من ولوج الروح فيه حينئذٍ[٢]، أو لغير ذلك من ولادته كامل البدن على وجهٍ يظهر منه أنّه كان حيّاً، خصوصاً مع الحركة ونحوها.

كما أنّه لا يتمّ أيضاً بالنسبة للجاني؛ ضرورة أعمّيّة الجناية من الحياة؛ فإنّها قد تكون في حال العلم بعدم ولوج الروح فيه.

ولذا كان المحكي عنه في الديات الضمان بها مطلقاً على وجهٍ يظهر منه المفروغيّة من ذلك أو الإجماع عليه[٣]، كنسبة الحلّي له إلى الروايات[٤].

ومن ذلك يعلم: كون التعليل المزبور منه تقريباً لا تحقيقاً، فلا وجه للإيراد[٥] عليه، بل يحتمل كون مراده تنزيل الجناية منزلة الحياة بالنسبة إلى الضمان، وإلّا فلا فرق بين السقوط من دون جناية ومعها بالنسبة للحياة والموت.

↑ ج ٣٧ / ١٩٢

نعم، يتّجه الفرق بينهما بثبوت الدليل على الجناية ـ من إجماع أو

(١) غاية المراد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٩، جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣١٣، مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٢٢.

(٢) الكافي: كتاب العقيقة / باب بدء خلق الإنسان ح ٤ ج ٦ ص ١٣.

(٣) المبسوط: الديات / دية الجنين ج ٧ ص ٢٠٥.

(٤) السرائر: الديات / دية الجنين ج ٣ ص ٤١٧.

(٥) انظر قبل أربعة هوامش.

نصوص أو غيرهما ـ من غير فرق بين العلم بولوج الروح فيه وعدمه، بل حتّى لو علم عدم ولوجها فيه، بخلاف السقوط.

واحتمال[١]: أنّ ضمانه هنا لأنّ يد الغاصب يد ضمان، يدفعه: أنّه حرّ لا يدخل تحت اليد.

ولا يرد ضمان الغاصب إيّاه بجناية الأجنبي لدليله إن كان، وإلّا أشكل الرجوع على الغاصب؛ لعدم كونه جانياً وعدم يد ضمان له عليه، نحو ما قاله بعضهم من عدم رجوع المالك بالمهر على من غصب جارية وباعها فوطئها المشتري[٢]؛ لعدم الاستيفاء منه وعدم دخول البضع تحت اليد، بل هذا أولى.

بل إن لم يكن دليل على ذلك أشكل أصل رجوع المالك؛ لأنّه انعقد حرّاً، فليست ديته إلّا للغاصب. ودعوى: أنّ القاعدة ضمان يد الغاصب كلّ ما يضمن بجناية جانٍ، يدفعها: أنّه بعد انعقاده حرّاً ليس من المغصوب في شيء.

كما أنّ ضمان القيمة يوم الولادة للنصّ والفتوى لا يقتضي الضمان مع السقوط ميّتاً، والفرض انعقاده حرّاً. فما في الإرشاد[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]: من ضمان الغاصب دية جنين أمة، لا يخلو من

---

(١) كما في مفتاح الكرامة: الغصب، / في الأحكام ج ١٨ ص ٣١٥.

(٢) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣١٧ ـ ٣١٨.

(٣) إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٧.

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣١٣.

(٥) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٣٢.

نظر حينئذٍ. على أنّ المتّجه حينئذٍ ضمانه مقدّر الحياة كما لو ولد مريضاً، وخصوصاً إذا كان سقوطه ميّتاً في زمن الولادة.

ومن هنا قيل: «إنّ الذي صرّحت به عباراتهم وأفصحت به رواياتهم في باب الديات: أنّ جنين الأمة إذا لم تلجه الروح أو لم تعلم حياته له مقدّر شرعاً، وهو عشر قيمة أُمّه وقت الجناية، وإن ولجته الروح فقيمته يوم سقط حيّاً»[1].

↑ ج ٣٧ / ١٩٣

﴿و﴾ حينئذٍ ففي الفرض ﴿لو ضربها أجنبيّ فسقط﴾ جنينها ﴿ضمن الضارب للغاصب دية جنين حرّ﴾ لأنّ الولد محكوم بحرّيّته؛ للشبهة ﴿وضمن الغاصب للمالك دية جنين أمة﴾ قيل: «لأنّه ضامن للمالك قيمته على تقدير كونه مملوكاً، كما لو ولد حيّاً»[2].

وفي المسالك: «ولا يتوقّف مطالبته بحقّه على أخذ الغاصب حقّه من الجاني، بل كلّ واحد من الحقّين متعلّق بذمّة غريمه من غير تقييد بالآخر»[3].

وقد يظهر من هذه العبارة بل وعبارة المتن وغيره[4]: أنّه لا تخيير للمالك في الرجوع هنا على الجاني والغاصب، وإنّما يتعيّن حقّه على الغاصب خاصّة، ولعلّه لما عرفت من أنّ مقتضى القواعد اختصاص

---

(١) مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٣١٧.

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٣٣.

(٣) المصدر السابق.

(٤) كقواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٦.

حقّ الجناية بالغاصب؛ لأنّه انعقد حرّاً، فلا حقّ للمالك عليه، إلّا أن يكون هناك دليل مخصوص فيتّبع، ولعلّه خاصّ بالرجوع على الغاصب كما هو ظاهر من عرفت، لا أقلّ من أن يكون ذلك هو المتيقّن منه إن كان إجماعاً أو استظهاراً ممّا ورد في ضمانه لو ولد حيّاً[1]... أو غير ذلك.

بل المتّجه بناءً على ما سمعته منهم التفصيل بين ولوج الروح وعدمه، فيضمن الغاصب في الأوّل قيمته يوم سقوطه مفروض الحياة، وفي الثاني دية جنين، فتأمّل جيّداً، فإنّ كلامهم في المقام لا يخلو من تشويش.

ولو كان الجاني هو الغاصب، ففي المسالك: «ضمن للمالك دية جنين أمة، وباقي دية جنين الحرّة للإمام؛ لأنّ القاتل لا يرث، والأمة رقيقة لا ترث»[2]، والله العالم.

هذا كلّه في الجاهلين.

﴿ولو كان﴾ أي ﴿الغاصب والأمة عالمين بالتحريم، فللمولى المهر﴾ والولد والأرش ﴿إن أكرهها الغاصب على الوطء﴾ بلا خلاف[3] ولا إشكال، بل في المسالك: الاتّفاق عليه[4] ﴿وعليه﴾

ج ٣٧ / ١٩٤

(١) وسائل الشيعة: باب ٢١ من أبواب ديات الأعضاء ح ١ ج ٢٩ ص ٣٢٢.

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٣٢.

(٣) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٣٢٢ ـ ٣٢٣.

(٤) المصدر قبل السابق: ص ٢٣٣.

أي الغاصب ﴿الحدّ﴾ لكونه زانياً.

﴿وإن طاوعت[١] حُدّ الواطئ﴾ بل هما معاً ﴿ولا مهر﴾ في المشهور[٢]؛ للأصل، والنبويّ: «لا مهر لبغيّ»[٣] الذي لا وجه للبحث في سنده بعد أخذ الأصحاب له مسلّماً، ولا في دلالته على المطلوب بعد العموم اللغوي المحتاج في تقييده بالحرّة إلى دليل.

وإطلاق لفظ المهر لا يقتضي ذلك وإن اختصّت اسم المهيرة بالحرّة، لكن من الشائع أيضاً في النصّ[٤] والفتوى إطلاقه على عوض بضع الأمة، فيقال: مهر الأمة، وإنّ لها مهراً، ومهرها عتقها... وغير ذلك.

وكون اللام للتمليك أو الاختصاص أو الاستحقاق ـ والثلاثة منتفية عن الأمة ـ لا ينافي انسياق إرادة ما ثبت بسبب وطئها سواء كان لها أو لغيرها أي مولاها، نحو ما يقال: الأُجرة للدار أو للدابّة.

ودعوى[٥]: أنّ زناها لا ينافي ثبوت حقّ المالك من حيث الماليّة، يدفعها: أنّ ماليّة البضع لا تخلو من شائبة التعبّد؛ ولذا لا يثبت عوضه على حسب غيره من المنافع، بل لابدّ له من ضابط خاصّ، فلا يثبت

---

(١) في نسخة الشرائع: طاوعته.

(٢) كما في مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٣٣.

(٣) تلخيص الحبير: ح ١٢٧٣ ج ٣ ص ٥٥، مغني المحتاج: ج ٣ ص ٢١٤، جامع المقاصد: ج ٥ ص ١٣١، مسالك الأفهام: ج ٤ ص ٤٢.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ١٢ و١٥ و٨٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، وباب ٨ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ و٣ ج ٢١ ص ٩٨ و١٠١ و٢٠٢ و٢٢١.

(٥) كما في الروضة البهيّة: المتاجر / الفصل الثالث ج ٣ ص ٣٢٧.

حينئذٍ إلّا حيث يثبته الشارع.

﴿وقيل﴾ وإن كنّا لم نعرف القائل قبل المصنّف: ﴿يلزمه عوض الوطء؛ لأنّه للمالك﴾ نعم هو خيرة الفاضل في التذكرة[١] والمختلف[٢] وثاني الشهيدين في بيع الروضة[٣] ورهنها[٤]، بل مال إليه أوّلهما في الدروس[٥]، بل هو ظاهر إطلاق بيع اللمعة[٦].

ج ٣٧ / ١٩٥

﴿و﴾ لا ريب في أنّ ﴿الأوّل أشبه﴾ بأُصول المذهب، التي منها: أصل البراءة المعتضد بما سمعت السالم عن معارضة ما عرفت، إلّا أنّه قد يستفاد من الصحيحتين السابقتين[٧] ثبوته للمولى ولو من ترك الاستفصال ونحوه.

﴿إلّا أن تكون بكراً فيلزمه أرش البكارة﴾ بلا خلاف أجده فيه[٨]، بل عن فخر الإسلام: الإجماع عليه[٩]؛ لأنّها جناية، وكلّ جناية مضمونة على الغاصب، بل لو زالت بكارتها في يده بغير ذلك ضمنها

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / تصرّفات الغاصب ج ٢ ص ٣٩٦ (الطبعة الحجرية).

(٢) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٢٦.

(٣) تقدّم المصدر آنفاً.

(٤) الروضة البهيّة: الرهن / في اللواحق ج ٤ ص ٨٦.

(٥) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٥.

(٦) اللمعة الدمشقيّة: المتاجر / الفصل الثالث ص ١١٩.

(٧) في ص ٢٨١.

(٨) كما في ظاهر غاية المراد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٤٠٨.

(٩) شرح الإرشاد: الغصب / في الأحكام ذيل قول المصنّف: «ولو طاوعته عالمة...» إلخ ورقة ٦٧ (مخطوط).

أيضاً. ونفي المهر لها لا ينافي ثبوت ذلك لها، وإن كان لم يظهر له فائدة بناءً على أنّ أرش البكارة عشر قيمتها، وهو المقدّر لها مهراً، فمع فرض زناها ـ وقلنا: لا مهر لمولاها لأنّها بغيّ ـ كان له أخذ العشر من حيث الجناية بزوال البكارة.

ولكن قد يشكل ذلك: بما سمعته سابقاً من ظهور النصوص في دخول أرش البكارة في المهر بناءً على أنّه العشر، فمع فرض إسقاطه من الشارع لكونها زانيةً يتبعه هو أيضاً في السقوط، فتأمّل جيّداً.

﴿ولو حملت لم يلحق به الولد وكان رقّاً لمولاها﴾ بلا خلاف[1] بل ولا إشكال؛ لأنّ الفرض كونه زانياً، فليس له إلّا الحجر، وكذلك هي، إلّا أنّه يبقى كونه نماءً للمالك، فيملكه حينئذٍ من هذه الجهة كولد البهيمة من حيث النسبة.

كما أنّه لا خلاف[2] ﴿و﴾ لا إشكال في أنّه ﴿يضمن الغاصب ما ينقص بالولادة﴾ كما في كلّ عين مغصوبة.

↑ ج ٣٧ / ١٩٦

﴿ولو مات ولدها في يد الغاصب ضمنه﴾ ضرورة كونه مغصوباً كأُمّه.

﴿ولو وضعته ميّتاً﴾ ففيما حضرنا من نسخ المتن: ﴿قيل:

---

(١) نقل الإجماع في مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٣٢٨ ـ ٣٢٩.

(٢) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٧. والمهذّب: كتاب حظر الغصب ج ١ ص ٤٤١. وإصباح الشيعة: كتاب الغصب ص ٣٤٢. وتحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٤٤.

لا يضمن؛ لأنّا لا نعلم حياته قبل ذلك، وفيه تردّد﴾.

لكن في المسالك: «أنّ المصنّف جزم هنا بضمانه»[١]، ولعلّه عثر على نسخة أُخرى، بل لعلّها هي الأصحّ؛ ضرورة كون الجنين في الفرض مملوك[٢] كحمل البهيمة، فيكون مضموناً على الغاصب، والحمل الذي لم تلجه الروح أو لم نعلم حياته له قيمة شرعاً ـ وهو العشر ـ فيضمنه، هذا.

ولكن في القواعد: «ولو وضعته ميّتاً فالإشكال كما تقدّم»[٣]. ومقتضاه اتّحاد المسألتين.

وفي جامع المقاصد: «وربّما رجّح الضمان هنا: بأنّ التقويم في الأوّل إنّما هو بعد وضعه حيّاً، بخلافه هنا، ولا أثر له؛ لأنّ المراد التقويم المخصوص، لا وجوب دية الجنين الذي يراد وجوبه في الموضعين»[٤].

قلت: ولا يخفى عليك وضوح الفرق بين المسألتين، ومن الغريب ما في التحرير[٥] والدروس[٦] ومحكيّ المبسوط[٧] من الجزم بأنّه

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٣٥.

(٢) الأولى التعبير بـ «مملوكاً».

(٣) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٧.

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣١٥.

(٥) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٤٤.

(٦) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٥.

(٧) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٧.

لا شيء عليه؛ إذ هو كما ترى.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ ﴿لو كان سقوطه بجناية جانٍ لزمه دية جنين الأمة على ما يذكر[١] في الجنايات﴾.

﴿ولو كان الغاصب عالماً وهي جاهلة لم يلحق به[٢] الولد﴾ لكونه زانياً ﴿ووجب﴾ عليه ﴿الحدّ والمهر﴾ بلا خلاف[٣] ولا إشكال.

﴿ولو كان بالعكس﴾ أي هو جاهل وهي عالمة ﴿لحق به الولد، وسقط عنه الحدّ، و﴾ أمّا ﴿المهر﴾ ففيه البحث السابق ﴿وعليها الحدّ﴾ لأنّها زانية، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ١٩٧

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿إذا غصب حبّاً فزرعه، أو بيضاً فاستفرخه، قيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي من غصب خلافه[٤] ومبسوطه[٥] وابن حمزة في الوسيلة[٦]: ﴿الزرع والفرخ للغاصب﴾ محتجّاً عليه: بأنّ عين

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: نذكر.

(٢) ليست في نسختي الشرائع والمسالك.

(٣) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٦٨، والمهذّب: كتاب حظر الغصب ج ١ ص ٤٤١، وقواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٧، ومسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٣٥.

(٤) الخلاف: الغصب / مسألة ٣٨ ج ٣ ص ٤٢٠.

(٥) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٥.

(٦) الوسيلة: بيان الغصب ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧.

المغصوب قد تلفت، فلا يلزم الغاصب سوى قيمتها أو مثلها، بل عنه في الخلاف: «من يقول: إنّ الفرخ عين البيض وإنّ الزرع هو عين الحبّ مكابر، بل المعلوم خلافه»[1].

﴿وقيل﴾ والقائل الأكثر[2] ـ بل في الدروس: «أنّه فتوى من سبق الشيخ»[3] ـ: إنّه ﴿للمغصوب منه﴾ بل عن الناصريّة: نفي الخلاف فيه[4]، بل عنها[5] وعن السرائر[6]: الإجماع عليه، بل عن الخلاف في باب الدعاوى[7] والمبسوط في باب العارية[8] التصريح بما عليه الأصحاب، ومن هنا أساء الأدب ابن إدريس بقوله: «فقد دخل رحمه الله في جملة من يكابر»[9].

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿هو أشبه[10]﴾ بأُصول المذهب وقواعده، التي منها: استصحاب الملك لهما وإن تغيّرت الصورة التي هي ليست عنوان الملكيّة، ولذا لا إشكال في بقائهما على الملك لو فرض

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً: ص ٤٢٠ ـ ٤٢١.

(٢) كما في جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٩٣.

(٣) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١١.

(٤ ـ ٦) العبارة بهذه الصياغة غير موافقة للمصادر ولا للنقل، والموجود فيهما: الإجماع في الناصريّات ونفي الخلاف والإجماع في السرائر، انظر الناصريّات: مسألة ١٨٢ ص ٣٨٧، والسرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٢ و٤٨٤.

(٧) الخلاف: الدعاوى / مسألة ١٧ ج ٦ ص ٣٤٤.

(٨) المبسوط: كتاب العارية ج ٣ ص ٥٦.

(٩) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٨٣.

(١٠) في نسخة الشرائع: الأشبه.

استحالتهما إلى ذلك من دون غصب؛ ضرورة كون الاستحالة بالنسبة إلى ذلك كتغيير صفات الشيء من السمن ونحوه.

بل من القطعيّات عندهم عدم خروج الثوب ـ مثلاً ـ عن الملك بقطع الغاصب له قطعاً متعدّدة، حتّى قيل: «إنّ الشيخ نفسه من المصرّحين بذلك»[1]، مع أنّه أولى بصدق اسم التلف عليه.

وكون البيضة تصير علقة ونحوها إذا صارت فرخاً، فتخرج بذلك عن الملك، فيملكها الغاصب حينئذٍ بوضع اليد، نحو ما سمعته في الخمر إذا تخلّلت ـ مع أنّه لا يتمّ في الزرع، ومبنيّ على خروجها عن الملك بذلك ـ لم يحك عن الشيخ مثله في العصير إذا انقلب خمراً في يد الغاصب ثمّ صار خلّاً في يده، بل ظاهره ـ كغيره ـ أنّ للمالك فيه حقّاً يقتضي تملّكه له وإن لم يكن في يده، وإن كان هو مطالباً بدليله في الخمر كما ستعرف.

↑ ج ٣٧ / ١٩٨

وبالجملة: لا يخرج المال عن الملك بمثل الاستحالة المزبورة، ولا يرد النقض بملكيّة صاحب الأُنثى ما يتكوّن من عسب الفحل فيها ـ الذي أقصاه أن يكون استحالة ـ بعد أن عرفت الدليل على ذلك.

على أنّه ربّما فرّق: بعدم ملكيّة النطفة بخلاف الحبّ والبيض، وبعدم معلوميّة كيفيّة التكوّن أنّه من نطفة الفحل على وجهٍ تكون نطفة الأُنثى من المعدّات لها أو بالعكس أو أنّه منهما، وإن كان هو

---

(١) مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٥٩.

على كلّ تقدير خارج[١] بدليله، بخلاف مفروض البحث الباقي على أصالة الملكيّة التي لا دليل على الخروج عنها بلباس الصور المتعدّدة التي من المعلوم عدم صيرورة الشيء بها تالفاً؛ إذ التلف: العدم، لا تغيير الصورة التي لا وجه لملك الغاصب بها مع أنّها ليست من فعله؛ إذ لم يصدر منه إلّا الإحضان ووضع البذر في الأرض... ونحو ذلك، من فعل المعدّات لصيرورة الحبّ زرعاً ممّا هي غير صالحة لنقل الملك عن مالكه؛ ضرورة كون ذلك من النماء التابع للملك، وإن اختلف مع نماء النخلة ـ مثلاً ـ بالحصول مع بقاء الأصل، بخلافه فإنّ الأجزاء الأصليّة باقية معه.

وكيف كان فالمسألة مفروغ منها، وإن أطنب فيها بعض الناس[٢] بردّ ما ذكره الفاضل في المختلف عليه[٣]، إلّا أنّه في غير محلّه، بل لعلّ إكثار الكلام فيها من اللغو المنهي عنه[٤]، والله العالم.

﴿ولو غصب عصيراً فصار خمراً ثمّ صار خلّاً﴾ في يد الغاصب قبل أن يدفع بدله، بل وبعده إذا كان على وجهٍ كدفع الحيلولة ﴿كان للمالك﴾ على ما صرّح به غير واحد[٥]، بل عن رهن غاية

↑ ج ٣٧ / ١٩٩

---

(١) الأولى التعبير بـ «خارجاً».

(٢) كالعاملي في مفتاح الكرامة: (الهامش قبل السابق: ص ٢٥٨ ـ ٢٥٩).

(٣) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٢٠.

(٤) سورة المؤمنون: الآية ٣، سورة الفرقان: الآية ٧٢، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب جهاد النفس ح ١ و٧ ج ١٥ ص ١٦٤ و١٦٨.

(٥) كالشيخ في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٢، والسرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٠.

المرام[١] والمسالك[٢]: نفي الخلاف فيه؛ لأنّه عين ماله.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لو نقصت قيمة الخلّ عن قيمة العصير ضمن الأرش﴾ لوجوب ردّه تامّاً، كما صرّح به غير واحد[٣]، بل في مفتاح الكرامة: «به صرّح الأصحاب، كالشيخ وابن إدريس ومن تأخّر عنه»[٤].

قلت: إن تمّ الإجماع في ذلك كلّه وإلّا فلا يخلو من إشكال؛ ضرورة أنّه بصيرورته خمراً خرج عن ملك المالك وصار في ذمّة الغاصب المثل، لأنّه تلف أو بمنزلته، فإذا صار خلّاً لا دليل على عوده إلى ملك المالك، بل يمكن أن يكون من المباح، يملكه من يسبق إليه أو يكون من هو في يده أولى به.

وعلى كلّ حال فلا دليل على عوده إلى ملك المالك، ولعلّه لذا حكي عن الفاضل[٥] وولده[٦] والشهيد[٧] والكركي[٨]: الإشكال في ردّه إلى المالك في باب الهبة، بل ستسمع الإشكال فيه أيضاً في القواعد.

---

(١) غاية المرام: الرهن / في الحقّ ج ٢ ص ١٥٧.

(٢) مسالك الأفهام: الرهن / في اللواحق ج ٤ ص ٧٠.

(٣) كابن سعيد في الجامع للشرائع: باب الغصب ص ٣٥٠، والعلّامة في الإرشاد: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٨، والشهيد في الدروس: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٢.

(٤) مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٥٥.

(٥) قواعد الأحكام: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٠.

(٦) إيضاح الفوائد: الهبة / في الأحكام ج ٢ ص ٤٢٢.

(٧) الحاشية النجّارية (موسوعة الشهيد الأوّل): ص ٤٠٤ ـ ٤٠٥.

(٨) جامع المقاصد: الهبة / في الأحكام ج ٩ ص ١٨٤.

بل قال فيها هنا أيضاً: «ولو غصب خمراً فتخلّل في يده حكم بها للغاصب، ويحتمل المالك»[١]، بل عن ولده في شرح الإرشاد: أنّه قوّاه[٢]، بل في الإيضاح: صحّحه[٣]، بل عنه في الكتابين: أنّ وجه الاحتمال الثاني ثبوت الأولويّة للمالك باليد للتخليل.

ومقتضاه كون موضوع المسألة الخمر المتّخذة للتخليل، بل قد يؤيّده: أنّها التي يتصوّر فيها الغصب دون غير المحترمة.

ولعلّ وجهه: أنّ فائدة احترامها جواز إبقائها في يده وعدم وجوب إراقتها، لا أنّها تكون ملكاً له إذا صارت خمراً في يد غيره وإن أثم بأخذها منه.

اللّهمّ إلّا أن يكون إجماعاً على ذلك، كما يحكى عن الخلاف: نفي الخلاف عن وجوب ردّها للمالك[٤]، وعن التذكرة: أنّه مذهبنا[٥]، فإن تمّ إجماعاً فذاك وإلّا كان محلّاً للمنع.

↑ ج ٣٧ / ٢٠٠

ودعوى[٦]: أنّ ما نحن فيه غير غصب الخمر التي تخلّلت في يده؛ لأنّ العصير مملوك لمن هو في يده، وإنّما طرأ عليه مانع الملك فيزول

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٣.

(٢) شرح الإرشاد: الغصب / في الأحكام ذيل قول المصنّف: «ولو صار العصير خمراً...» إلخ ورقة ٦٧ (مخطوط).

(٣) إيضاح الفوائد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ١٨٦.

(٤) الخلاف: الغصب / مسألة ٢١ ج ٣ ص ٤٠٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٨٧ (الطبعة الحجرية).

(٦) كما في مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٣٨.

بزواله ، بخلاف الخمر فإنّها لم تكن مملوكة له بوجه ، فتخلّلها في يده إحداث ملك لمن هي في يده .

واضحة الفساد؛ ضرورة أنّ سبق الملكيّة ـ بعد زوالها بصيرورتها خمراً ـ غير مجدٍ ، كما أنّ شهرة الفرق بين الخمر المحترمة وغيرها ـ بحيث يقتضي ملك المالك لها لو صارت خلّاً ولو تحت يد غيره ـ لا حاصل لها إن لم يكن إجماعاً أو غيره ممّا يصلح لأن يكون دليلاً شرعيّاً .

ومن ذلك كلّه يظهر لك النظر في كثير ممّا في المسالك وغيرها ، ومنه قوله فيها : «وعلى تقدير تخمير العصير في يد الغاصب ، لو اختار المالك تغريمه قبل انقلابه خلّاً فله ذلك ، فإذا أخذ العوض فانقلب خلّاً في يد الغاصب وجب ردّه وأخذ البدل ، كما لو دفعه حيث لم يمكنه ردّ المغصوب لمانع آخر . مع احتمال استقرار ملك الغاصب عليه حينئذٍ؛ لخروجها عن أهليّة الملك حين الخمريّة ، وبراءته منها بدفع البدل ، وتخليلها أوجب حدوث ملكيّته لمن هي في يده» .

«ولو طلب المالك أخذها خمراً مع أخذ البدل ، ففي إجابته إليه وجهان : من خروجها عن ملكه ومن ثَمَّ وجب البدل تامّاً ، ومن بقاء الأولويّة لإمكان إرادة التخليل ، ومن ثَمَّ عاد ملكه إليها قبل دفع البدل . وهذا أقوى ، إلّا أن يعلم من حاله أنّه يتّخذها للشرب؛ لزوال حقّه حينئذٍ ، وكون إعادتها إليه تعاوناً على الإثم والعدوان» .

«ثمّ على تقدير إعادتها إليه مع البدل فصارت خلّاً في يد المالك، ففي وجوب ردّ المثل إلى الغاصب وجهان: من أنّه أخذه للحيلولة وقد زالت، ومن أنّه ملك متجدّد؛ لأنّ العصير لمّا صار خمراً صار تالفاً، فوجب بدله. والأقوى الأوّل؛ لأنّ الأصل ماله، وإنّما حدث له مانع الخمريّة، فإذا زال المانع عاد الملك، ولم يبطل حقّه منه رأساً، وإنّما زال الملك بالفعل وبقي بالقوّة القريبة منه»[1].

↑ ج ٣٧ / ٢٠١

قلت: لا يخفى عليك ما فيه، وإن كان قد أخذ كثيراً منه ممّا في القواعد، قال: «ولو غصب عصيراً فصار خمراً ضمن المثل، وفي وجوب الدفع إشكال، فإن أوجبناه فصار خلّاً في يد المالك ففي وجوب ردّ المثل إشكال، فإن صار خلّاً في يد الغاصب ردّه مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخلّ»[2]؛ ضرورة ظهور ما ذكره أوّلاً وأخيراً بل صريحه أنّ البدل المأخوذ هو بدل حيلولة.

وفيه: أنّه لا وجه لها بعد خروج المال عن ملكيّة المالك، وما ذكره من المانع والقوّة القريبة من الفعل لا حاصل له بحيث يرجع إلى دليل معتبر، بل لا يخفى عليك النظر في كلامه من غير ذلك، بل وما سمعته من القواعد؛ لاشتراك الجميع في الاحتياج إلى الدليل على الوجه الذي ذكرناه، والله العالم.

---

(١) المصدر السابق: ص ٢٣٨ ـ ٢٣٩.

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٣.

المسألة ﴿السابعة﴾

﴿لو غصب أرضاً فزرعها أو غرسها فالزرع ونماؤه للزارع﴾

بلا خلاف أجده فيه[1]، بل في التنقيح: «عليه انعقد الإجماع اليوم»[2].

قلت: واليوم، بل وقبل اليومين؛ إذ لم نجد مخالفاً في ذلك منّا.

كلّ ذلك مضافاً إلى خبر عقبة بن خالد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه، حتّى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض، فقال: زرعت بغير إذني فزرعك لي وعليَّ ما أنفقت، أله ذلك أم لا؟ فقال: للزارع زرعه، ولصاحب الأرض كراء أرضه»[3].

↑ ج ٣٧ / ٢٠٢

ونحوه موثّق سماعة[4]، بل وموثّق آخر[5].

بل هو على وفق أُصول المذهب وقواعده؛ ضرورة كون الزرع والغرس ملك الغاصب، والأرض إنّما هي من المعدّات كالماء والهواء ونحوهما.

نعم، عن أبي علي: إنّ لصاحب الأرض أن يردّ ما خسره الزارع

---

(١) كما في رياض المسائل: الغصب / الأمر الثالث ج ١٤ ص ٤٨.

(٢) التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الثالث ج ٤ ص ٧٧.

(٣) الكافي: المعيشة / باب من زرع في غير أرضه ح ١ ج ٥ ص ٢٩٦، تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٩ المزارعة ح ٥٢ ج ٧ ص ٢٠٦، وسائل الشيعة: باب ٢ من كتاب الغصب ح ١ ج ٢٥ ص ٣٨٧.

(٤) من لا يحضره الفقيه: المعيشة / باب بيع الكلأ والزرع ح ٣٨٦٩ ج ٣ ص ٢٣٧، الوافي: طلب الرزق / باب ١٧٥ ح ٢ ج ١٨ ص ١٠٧٥.

(٥) يأتي نقله لاحقاً.

ويملك الزرع[١].

وهو ليس خلافاً في أصل الملكيّة، وإنّما هو قريب من قول أحمد ابن حنبل: إن جاء صاحب الأرض والزرع قائم فيها لم يملك إجبار الغاصب على قلعه، وخيّر المالك بين أن يبقيه إلى الحصاد بأُجرته وأرش النقص، وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون الزرع له[٢]؛ لأنّ رافع بن خديج قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من زرع أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء، وله نفقته»[٣]. ومثله خبره الآخر عنه صلى الله عليه وآله[٤] أيضاً.

↑ ج ٣٧ / ٢٠٣

إلّا أنّهما من غير طرقنا، بل لعلّ النصوص المزبورة للتعريض بفساد القول والافتراء في إخباره، على أنّهما ظاهران في الملك القهري الذي هو خلاف ظاهر المحكي عن ابن الجنيد.

نعم، في الموثّق: «في رجل اكترى داراً وفيها بستان، فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك؟ فقال: عليه الكراء، ويقوّم صاحب الدار الغرس والزرع قيمة عدل ويعطيها الغارس، وإن كان استأمره فعليه الكراء، وله الغرس

---

(١) نقله عنه بمضمونه العلّامة في المختلف: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٣١ ـ ١٣٢، وبلفظه في التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الثالث ج ٤ ص ٧٧.

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة: ج ٢ ص ٢٢٣.

(٣ و٤) تلخيص الحبير: ذيل ح ١٢٧٠ ج ٣ ص ٥٤، سنن الترمذي: ح ١٣٦٦ ج ٣ ص ٦٤٨، سنن أبي داود: ح ٣٤٠٣ ج ٣ ص ٢٦١، سنن ابن ماجة: ح ٢٤٦٦ ج ٢ ص ٨٢٤، مسند أحمد: ج ٤ ص ١٤١، سنن البيهقي: ج ٦ ص ١٣٦.

والزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء»[١].

لكنّه خبر متّحد، قد أعرض عنه الأصحاب، فلا يصلح الخروج به عن العمومات، فضلاً عن الأدلّة السابقة، كما هو واضح.

ورواه في التهذيب[٢] ومحكيّ الفقيه[٣]: «ويقوّم صاحب الدار الغرس والزرع قيمة عدل[٤] إن كان استأمره، وإن لم يكن استأمره فعليه الكراء...»[٥] إلى آخره، وحينئذٍ يكون دالاًّ على المطلوب لا مخالفاً له.

ولعلّه لذا لم أعثر على موافق لابن الجنيد وإن مال إلى ما سمعته منه في الصبغ جماعة[٦]. وتعجُّبُ الفاضل في المختلف ـ من مخالفة الشيخ لابن الجنيد في الصبغ، مع قوله في المستعير للغرس بوجوب الإجابة عليه لو بذل صاحب الأرض قيمة الغرس[٧] ـ لا دلالة فيه على اختيار ذلك، على أنّه قد صرّح هنا بعدم وجوب القبول[٨]. نعم، صرّح بموافقته

↑ ج ٣٧ / ٢٠٤

---

(١) الكافي: المعيشة / باب من زرع في غير أرضه ح ٢ ج ٥ ص ٢٩٧، وسائل الشيعة: ← باب ٣٣ من كتاب الإجارة ح ١ (مع ذيله) ج ١٩ ص ١٥٦ ـ ١٥٧.

(٢) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٩ المزارعة ح ٥٣ ج ٧ ص ٢٠٦.

(٣) من لا يحضره الفقيه: المعيشة / باب المزارعة والإجارة ح ٣٨٩٦ ج ٣ ص ٢٤٦.

(٤) «قيمة عدل» لم ترد في الفقيه.

(٥) وسائل الشيعة: باب ٢ من كتاب الغصب ح ٢ ج ٢٥ ص ٣٨٧.

(٦) كالعلّامة في المختلف: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١١٨، والمقداد في التنقيح: الغصب / الأمر الثالث ج ٤ ص ٧٣ ـ ٧٤، والطباطبائي في الرياض: الغصب / الأمر الثاني ج ١٤ ص ٣٩ ـ ٤٠.

(٧) انظر «المختلف» في الهامش السابق.

(٨) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٣١ ـ ١٣٢.

في مسألة الصبغ[١]، بل مال إليه غيره أيضاً[٢].

ويمكن أن يكون الوجه ـ مضافاً إلى ما سمعته من النصوص ـ : إمكان الفرق بينهما باعتبار تعسّر زوال الصبغ أو عدم نفع معتدّ به فيما زال منه بخلاف الزرع والغرس، أو شدّة التبعيّة فيه على وجهٍ يكون أثره من الصفات بخلافهما... أو غير ذلك، والله العالم.

﴿و﴾ على كلّ حال، فلا خلاف[٣] ولا إشكال في أنّ ﴿عليه أُجرة الأرض وإزالة زرعه وغرسه[٤]﴾ وإن تضرّر بذلك، فإنّه الذي أدخله على نفسه. قال عبد العزيز بن محمّد: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من أخذ أرضاً بغير حقّها أو بنى فيها، قال: يرفع بناؤه ويسلّم التربة إلى صاحبها، ليس لعرق ظالم حقّ. ثمّ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أخذ أرضاً بغير حقّها كلّف أن يحمل ترابها إلى المحشر»[٥].

﴿و﴾ عليه أيضاً ﴿طمّ الحفر وأرش الأرض إن نقصت﴾ بالزرع أو بالقلع، بلا خلاف[٦] ولا إشكال.

(١ و٢) انظر «المختلف» قبل ثلاثة هوامش.

(٣ و٦) نفى الخلاف في رياض المسائل: الغصب / الأمر الثالث ج ١٤ ص ٤٨.

وينظر المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٩، وغنية النزوع: في الغصب ص ٢٨١، والمهذّب: كتاب حظر الغصب ج ١ ص ٤٤٩، والجامع للشرائع: باب الغصب ص ٣٤٧، وإرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٨.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: وإزالة غرسه وزرعه.

(٥) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٩ المزارعة ح ٥٥ ج ٧ ص ٢٠٦، وسائل الشيعة: باب ٣٣ من كتاب الإجارة ح ٣ ج ١٩ ص ١٥٧.

﴿و﴾ كذا عرفت أنّه لا خلاف معتدّ به[١] ولا إشكال في أنّه ﴿لو بذل صاحب الأرض قيمة الغرس لم يجب على الغاصب إجابته﴾ وما سمعته من الإسكافي قد عرفت ضعفه، وإن قال في جامع المقاصد: «إنّه لو وجد به قائل ـ أي غيره ـ لكان قويّاً»[٢]؛ إذ هو كما ترى. بل لو رضي بالإبقاء بالأُجرة لم يجب عليه؛ للأصل، ولتسلّط الناس على أموالهم.

ج ٣٧ / ٢٠٥

﴿وكذا﴾ لا خلاف[٣] ولا إشكال في أنّه ﴿لو بذل الغاصب﴾ أُجرة الأرض أو قيمتها ﴿لم يجب على صاحب الأرض قبوله﴾ للأصل ﴿و﴾ غيره، بل ﴿لو وهبه[٤]﴾ منه لم يجب عليه؛ لذلك، ولما فيه من المنّة.

﴿ولو حفر الغاصب في الأرض بئراً﴾ مثلاً ﴿كان عليه طمّها﴾ مع طلب المالك؛ لوجوب إعادة العين كما كانت مع الإمكان.

﴿وهل له طمّها مع كراهية المالك؟ قيل﴾ والقائل الشيخ[٥]

(١ و٣) نفى الخلاف إلّا من الاسكافي في رياض المسائل: الغصب / الأمر الثالث ج ١٤ ص ٥٠ ـ ٥١.

وينظر قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٩، ومعالم الدين (لابن القطّان): الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٤٢١، ومسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٤٠، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ١٠٦٧ ج ٣ ص ١٧٣.

(٢) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٢٨ (بتصرّف).

(٤) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسختي الشرائع والمسالك ـ بدلها: هبةً.

(٥) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٣.

وابن زهرة[١] فيما حكي عنهما: ﴿نعم﴾ نهاه المالك أم لم ينهه، رضي أم لم يرض ﴿تحفّظاً[٢] من درك التردّي﴾.

وفيه: أنّ ذلك لا يقتضي جواز التصرّف له في مال الغير، وإنّما أقصاه الضرر عليه، وهو الذي أدخله على نفسه.

على أنّه يمكن زوال الضمان عنه بالرضا بالبقاء على وجهٍ يرتفع عدوانه، بناءً على اعتبار ذلك في الضمان، بل هو المحكي عنه في ديات المبسوط، قال: «لو حفر بئراً عدواناً ثمّ إنّ المالك رضي ببقائها بعد الحفر العدواني سقط الضمان»[٣]، بل عنه هنا: التصريح بأنّ الصحيح براءته بالإبراء[٤].

وعليه يكون النزاع حينئذٍ معه في أنّ الرضا بالبقاء أو النهي عن الطمّ يقتضي الإبراء ـ كما سمعته منه في الديات ووافقه عليه المصنّف والفاضل[٥] على ما قيل[٦] فيها ـ أم لا يقتضي ذلك لأنّه أعمّ، فيبقى الضمان مستصحباً؟ ولعلّ الأقوى فيه ما ذكره، بل القول بعدم البراءة لو صرّح بالإبراء لا يخلو من وجه، كما ستعرف.

---

(١) غنية النزوع: في الغصب ص ٢٨١.

(٢) في نسخة الشرائع: لتحفّظها.

(٣) المبسوط: الديات / وضع الحجر ج ٧ ص ١٨٦ (بتصرّف).

(٤) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٣ ـ ٧٤.

(٥) قواعد الأحكام: الديات / في الموجب (التسبيب) ج ٣ ص ٦٥٣.

(٦) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٤٨.

ومن ذلك يعرف ما في قول المصنّف: ﴿ولو قيل: للمالك منعه كان حسناً، والضمان يسقط عنه برضا المالك باستبقائها﴾ بناءً على الوجه الذي ذكرناه، وإن تبعه عليه من تأخّر عنه[1].

ج ٣٧ / ٢٠٦

نعم، الأحسن منه: القول بأنّ له منعه وإن بقي الضمان عليه؛ لما عرفت، خصوصاً بعد ما سمعت سابقاً من النظر في اعتبار العدوان في الضمان بذلك؛ لإطلاق الأدلّة الذي لا ينافيه الضمان، خصوصاً مع ابتداء الحفر على العدوانيّة ـ كما في المقام ـ الذي لا يدفع السببيّة الشرعيّة الرضا المتأخّر مع التصريح، فضلاً عن مجرّد الكراهة للطمّ التي لا تنافي إرادة البقاء على الضمان مع ذلك.

ومن هنا تردّد في محكيّ التحرير في الإبراء إذا أبرأه: «من أنّ المالك لو أذن فيه ابتداءً لم يضمن، ومن أنّ حصول الضمان لتعدّيه بالحفر، والإبراء لا يزيله؛ لأنّ الماضي لا يمكن تغييره عن الصفة التي وقع عليها، ولأنّ الضمان ليس هنا[2] للمالك فلا يصحّ الإبراء منه، ولأنّه إبراء ممّا لا يجب فلم يصحّ»[3].

ولا يخفى عليك الحال بعد التأمّل فيما ذكرناه على أيّ وجهٍ يفرض البحث، والله العالم، فلاحظ وتأمّل.

---

(١) كالعلّامة في المختلف: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٢١، والشهيد الأوّل في الدروس: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١١ ـ ١١٢، والكركي في جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج٦ ص ٢٩٠، والشهيد الثاني في المسالك: الغصب / في اللواحق ج١٢ ص٢٤١.

(٢) في المصدر بدلها: حقّاً.

(٣) تحرير الأحكام: الجنايات / في الخطأ (الأسباب) ج ٥ ص ٥٤١.

المسألة ﴿الثامنة﴾

﴿إذا حصلت دابّة﴾ مثلاً ﴿في دارٍ لا﴾ يمكن أن ﴿تخرج إلّا بهدم؛ فإن كان حصولها﴾ فيها ﴿بسبب من صاحب الدار الزم﴾ بـ﴿الهدم والإخراج، ولا ضمان على صاحب الدابّة﴾ لعدم العدوان منه، وخصوصاً إذا كان ذلك غصباً من صاحب الدار للدابّة مثلاً؛ لما عرفت من وجوب ردّ المغصوب إلى مالكه وإن ترتّب عليه ضرر أضعاف المغصوب.

ج ٣٧ / ٢٠٧

﴿وإن كان من صاحب الدابّة ضمن الهدم﴾ وخصوصاً إذا كان بسبب غصبه للدار.

بلا خلاف أجده فيه بين من تعرّض له منّا[١]، بل في المسالك[٢] وغيرها[٣]: عدم الإشكال في الحكمين.

لكن قد يقال[٤] حينئذٍ: بوجوب ذبح الحيوان إن كان ممّا يؤكل ولم يرض المالك بالهدم، وخصوصاً إذا كان قيمته أقلّ من أرش الهدم.

اللّهمّ إلّا أن يكون ذلك نحو الغرس في أرض الغير غصباً، فإنّه يملك حفرها لقلع غرسه، ويضمن الأرش للمالك إن كان.

---

(١) كالشيخ في المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٤، والعلّامة في التحرير: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٤٩، وابن القطّان في معالم الدين: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٦، والكركي في جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٠٦.

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٤١.

(٣) كمجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٥٨ (عبّر بأنّ وجهه ظاهر).

(٤) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٩٣.

وقد يفرّق بينهما : بتوقّف الاستيلاء على تمام ماله بالحفر فيملكه ، بخلاف المقام المفروض تمكّنه من ذبح الحيوان من غير تصرّف في دار المالك الواجب عليه إرجاعها له تامّة . نعم ، لو لم يكن الحيوان ممّا يذبح أمكن القول حينئذٍ بذلك؛ لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»[1]. وكيف كان فالأمر في ذلك سهل .

إنّما الكلام فيما ذكره المصنّف بقوله : ﴿وكذا إن لم يكن من أحدهما تفريط ضمن صاحب الدابّة الهدم؛ لأنّه لمصلحته﴾ بل في المسالك : نسبته إلى المشهور[2]، بل قيل : «لا خلاف فيه بيننا»[3].

لكن قال في المسالك : «ويشكل : بأنّ التخليص والمصلحة قد تكون مشتركة بينهما ، بل هو الأغلب ، وقد تكون مختصّة بصاحب الدار ، بأن لا يكون لصاحب الدابّة حاجة إلى إخراجها ، لصغرها أو عدم صلاحيّتها للانتفاع ، وصاحب الدار يحتاج إليها في موضع الدابّة عاجلاً ، والفرض انتفاء التفريط . نعم ، لو خيف هلاك الدابّة بدون الإخراج اتّجه وجوبه لحرمة الروح ، ومع ذلك ففي اقتضاء ضمان صاحب الدابّة نظر»[4].

قلت : الذي ينبغي في هذه ونحوها ـ بعد ملاحظة «لا ضرر

---

(١) تقدّم في ص ١٧ .

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٤٢.

(٣) مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٩٣.

(٤) المصدر قبل السابق.

ولا ضرار»[١] وقاعدة الجمع بين الحقّين ـ ترجيح الأعظم ضرراً منهما على الآخر إذا لم يكن عن تفريط كما هو المفروض ، ومع فرض التساوي من كلّ وجه يرجع إلى القرعة ، أو إلى اختيار الحاكم ، وهكذا في كلّ حقّين تزاحما ولا مرجّح لأحدهما ولو من جهة التفريط وعدمه .

ج ٣٧ / ٢٠٨

وكأنّ وجه ما ذكره الأصحاب في الفرض : أنّ صاحب الدابّة مكلّف بأخذها من دار الغير وتخليص ملكه منها ، فكلّ ضرر حصل على صاحب الدار بالنسبة إلى ذلك وجب جبره على صاحب الدابّة؛ لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» .

ولعلّ مثل ذلك : لو جاء السيل بنخلة زيد ـ مثلاً ـ فأثبتها في أرض الغير ، فإنّ عليه تخليص ملك الغير منها ، وجبر كلّ ضرر يكون من ذلك عليه .

ولعلّه لذا ذكره في التذكرة مفروغاً منه ، بل قال فيها : «هو ظاهر مذهب الشافعيّة أيضاً؛ لأنّه إنّما نقض بتخليص ملكه»[٢] . نعم ، حكى عن بعض الشافعيّة : أنّه لا يضمن صاحب الفصيل شيئاً؛ لأنّه لا تفريط من أحد ، والإخراج لابدّ منه لحرمة الروح ، ثمّ قال : «وإنّما يتمّ هذا فيما إذا خيف هلاكه لو لم يخرج»[٣] .

---

(١) تقدّم في ص ١٧ .

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩١ (الطبعة الحجرية).

(٣) المصدر السابق.

قلت: بل قد يقال بضمانه حينئذٍ أيضاً؛ لأنّ خوف الهلاك لا يدفع الضمان عنه.

ثمّ قال: «وهكذا إذا باع داراً فيها حباب لا تخرج إلّا بنقض الباب، فإذا نقلها كان إصلاح ذلك عليه؛ لأنّها لتخليص ملكه»[1]. وهو كالصريح في المفروغيّة من ذلك. نعم، لو اختار صاحب المال إتلاف ماله لأجل أن لا يغرم كان له ذلك، كما هو واضح، والله العالم.

﴿ولو أدخلت دابّة رأسها في قدر﴾ مثلاً ﴿وافتقر إخراجها﴾ منه ﴿إلى كسر القدر؛ فإن كانت يد مالك الدابّة عليها أو فرّط في حفظها ضمن﴾ القيمة إن لم يكن لمكسوره قيمة، أو الأرش إن كان ﴿وإن لم يكن يده عليها وكان صاحب القدر مفرّطاً ـ مثل أن يجعل قدره في الطريق ـ كسرت القدر عنها، ولا ضمان في الكسر﴾ بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بين من تعرّض له من الشيخ[2] والفاضل[3] والشهيدين[4] والكركي[5].

↑ ج ٣٧ / ٢٠٩

نعم، في التذكرة في صورة تفريط صاحب الدابّة: «فإن كانت

---

(١) الهامش قبل السابق.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٣ ـ ٩٤.

(٣) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٤٩، قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٦.

(٤) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٠، مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٤٢.

(٥) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٠٧.

غير مأكولة اللحم لم يجز ذبحها، ووجب كسر القدر مع ضمانه. وإن كانت مأكولة اللحم فهل تذبح أو يكسر القدر؟ الأقرب ذبحها؛ لأنّه ينتفع بلحمها فيقلّ الضرر على صاحبها، والنقص إن كان فمن صاحبها وقع حيث وقع التفريط منه»[1].

قلت: قد يلوح منه الترجيح بقلّة الضرر، إلّا أنّ ما ذكره أخيراً يأتي في الأوّل مع فرض كون التفريط منه.

وفي الدروس ـ بعد أن ذكر الحكم كما ذكره المصنّف وغيره ـ قال: «ولو كان كسرها أكثر ضرراً من قيمة الدابّة أو أرشها احتمل أن تذبح الدابّة»[2].

وفيه: ـ مضافاً إلى عدم تفصيله بين المأكول وغيره ـ إمكان منعه مع فرض كون التفريط منه؛ لأنّه حينئذٍ السبب في إدخال الضرر على نفسه.

ثمّ قال: «أمّا لو أدخل ديناراً في محبرته وكانت قيمتها أكثر منه ولم يمكن كسرها[3] لم تكسر المحبرة، وضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط مالكه. ولو دخلت زهرة اليقطين في إناء الغير فعظمت اعتبر التفريط، ومع انتفائه يتلف أقلّهما قيمةً ويضمن صاحب الآخر. وإن

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩١ (الطبعة الحجرية).

(٢) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢١٩ ج ٣ ص ١١٠.

(٣) في المصدر بدلها: كسره.

ج ٣٧
٢١٠

تساويا فالأقرب أنّ الحاكم يجبرهما[١]، فإن تمانعا فالقرعة»[٢].

وفيه إشعار في الجملة بما ذكرناه من الميزان في تزاحم الحقوق. لكن لا يخفى عليك ما في قوله: «فالأقرب...» إلى آخره سواء أراد الإجبار أو التخيير.

اللّهمّ إلّا أن يريد من التخيير: أنّ الحاكم يخيّر كلّاً منهما في كلّ من الأمرين؛ لاشتراكهما معاً في مفاد الأُصول وغيره، إلّا أنّه لمّا كان ذلك لا يقطع الأمر ـ لاحتمال التمانع في الخارج ـ أمر بالقرعة، وإلّا فمع فرض سبق أحدهما إلى شيء من الفردين لم يكن عليه إثم. إلّا أنّ ذلك أيضاً كما ترى.

والتحقيق: ما ذكرناه من كون التخيير في القطع للحاكم، وأولى منه الرجوع إلى القرعة، والله العالم.

ولو فرّطا معاً فعن التذكرة: «كسرت القدر أيضاً، وضمن صاحب الدابّة؛ لأنّه لمصلحته»[٣]. وفيه إشكال، بل عن الأردبيلي: الجزم بعدم الضمان[٤].

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿إن لم يكن من أحدهما تفريط ولم يكن المالك معها وكانت القدر في ملك صاحبها كسرت، وضمن

---

(١) في المصدر بدلها: يخيّرهما.

(٢) تقدّم المصدر آنفاً.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٩١ (الطبعة الحجرية).

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٥٨.

صاحب الدابّة؛ لأنّ ذلك لمصلحته﴾ كما في القواعد[١] ومحكيّ المبسوط[٢] وغيره[٣]، بل في المسالك: أنّه المشهور[٤].

لكن أشكله بنحو ما سمعته سابقاً من أنّ «المصلحة قد تكون مشتركة وقد تكون مختصّة بصاحب القدر أو غالبة، خصوصاً إذا كان ما يبقى من القدر بعد الكسر له قيمة، فإنّ حفظه مصلحة لمالكها، وقد تكون قيمة القدر أو أرشه تزيد عن قيمة الدابّة على تقدير إتلافها، فإلزام صاحب الدابّة زيادة عن قيمة دابّته بعيد. وأيضاً فقد تكون مأكولة اللحم فلا يفوت عليه بذبحها ما يقابل القدر أو ما يفوت منها. وكون المقصود خلاص الحيوان ـ لأنّه ذو روح ـ لا يتمّ مطلقاً؛ لأنّه على تقدير صلاحيّته للذبح لا يتعيّن تخليصه ببقائه ليكون حكمه حكم القدر مع اشتراكهما في عدم التفريط».

↑ ج ٣٧ / ٢١١

«واحتمل في الدروس ذبح الدابّة مع كون كسر القدر أكثر ضرراً من قيمة الدابّة أو أرشها؛ ترجيحاً لأخفّ الضررين».

«وبالجملة: فحكم المسألة مع انتفاء التفريط مشكل، وإن كان المشهور ما ذكره المصنّف»[٥].

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٦.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٤.

(٣) كتحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٤٩، وجامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٠٧، ومجمع الفائدة والبرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٥٨.

(٤) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٤٣.

(٥) المصدر السابق.

قلت: لا يخفى عليك ـ بعد الإغضاء عمّا في بعض كلامه ـ عدم الإشكال في ذلك وفي غيره من الأمثلة المذكورة في المقام ـ من بلع الشاة جوهرة الغير وغير ذلك ـ مع الإحاطة بما ذكرناه من الميزان في تزاحم الحقوق.

ولعلّ إطلاق الأصحاب أنّ المصلحة لصاحب الدابّة مبنيّ على اقتضاء بقاء القدر هلاكها، فالضرر عليه حينئذٍ بالبقاء، دون صاحب القدر الذي يأخذ قدره بعد الموت تامّاً، ومن هذه الجهة خصّوا صاحب الدابّة بالضمان. أمّا لو فرض عدم ذلك مع كون القدر في رأسها ـ وإن تضرّرت ـ فالمصلحة مشتركة بينهما كما هو واضح، خصوصاً مع فرض احتمال تلفه لو بقي على رأسها والفرض أنّ لمكسوره قيمة، فتأمّل.

نعم، بقي شيء: وهو أنّ التفريط جهة مرجّحة لغير المفرّط على كلّ حال وإن عظم ضرره في ظاهر كلامهم، إلّا أنّه لا يخلو من إشكال في بعض الأفراد، هذا.

وفي المسالك أيضاً: «واعلم أنّ عطف المصنّف قوله: (ولم يكن المالك معها) على ما إذا (لم يكن من أحدهما تفريط) غير جيّد؛ لأنّ عدم كون المالك معها قد يكون من موجبات عدم التفريط، وقد يجامع التفريط».

«وكذا قوله: (وكانت القدر في ملك صاحبها) فإنّه من أمثلة عدم التفريط، فعطفه عليه المقتضي للمغايرة وكونه شرطاً آخر مع عدم

ج ٣٧ / ٢١٢

التفريط ليس بجيّد ، وكان حقّهما أن يكونا مثالين لعدم التفريط ، ولو جعل الواو للحال قرب من المقصود ، وإن كان لا يخلو من قصور في الجملة»[١].

قلت : قد يقال : إنّ وجود المالك مع الدابّة مقتضٍ لضمان ما تحته وإن لم يكن مفرّطاً؛ ومن هنا جعله في الأوّل مقابلاً للتفريط ، وأمّا القدر فالواو فيه للحال كما ذكر ، فلا إشكال في العبارة حينئذٍ ، والله العالم .

المسألة ﴿التاسعة﴾

﴿قال الشيخ﴾ رحمه الله[٢] ﴿في المبسوط: إذا خشي على حائط جاز أن يسند[٣] بجذع﴾ مثلاً ﴿بغير إذن مالك الجذع، مدّعياً للإجماع[٤]﴾ أي قال : «بلا خلاف»[٥] ﴿وفي دعوى الإجماع﴾ المزبور ﴿نظر﴾ ضرورة عدم حكاية موافق له ممّن تقدّمه أو عاصره .

نعم ، في الدروس ـ بعد أن حكى ذلك عنه ـ قال : «وحينئذٍ الأقرب ضمان عينه وأُجرته وإن انتفى الإثم»[٦].

---

(١) الهامش قبل السابق.

(٢) «رحمه الله» جعلت جزءً من متن نسخة المسالك.

(٣) في نسخة الشرائع بدلها: يستند.

(٤) في نسخة المسالك: الإجماع.

(٥) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٨٦ .

(٦) الدروس الشرعيّة: الغصب / المقدّمة ج ٣ ص ١٠٩.

وهو ـ مع أنّه غير صريح في وفاقه ـ لا مدخليّة له في ثبوت الدعوى المزبورة.

ولعلّه لذا نزّله في جامع المقاصد على خصوص خوف تلف النفس المحترمة، قال: «والحقّ: أنّه إن خيف بترك ذلك ضرر على نفس محترمة ونحو ذلك جاز إسناده؛ لجواز إتلاف مال الغير لحفظ النفس، ويضمن العوض. ويلوح من تعليل الشيخ إرادة هذا المعنى، حيث قال: إنّ مراعاة المصالح الكلّيّة أولى من الجزئيّة مع التعارض، وهذا حيث لا يمكن نقضه أو يخاف المعاجلة قبله»[1]. ↑ ج ٣٧ / ٢١٣

قلت: لا دلالة في كلامه على خصوص تلف النفس، ويمكن حمل كلامه على ما ذكرناه أيضاً من الميزان مع التعارض في الحقوق، فيقدّم الكلّي منها على الجزئي، كما لو كان حائط في طريق المسلمين ـ مثلاً ـ أو كانت قنطرة كذلك، فإنّ إسناده بجذع الغير ـ مع فرض انحصار الأمر فيه ـ والجبر بالأرش والأُجرة ونحو ذلك أولى، فإنّه جهة مرجّحة أيضاً، ولعلّ ذلك باب عظيم ينفتح منه أُمور كثيرة، فتأمّل، والله العالم.

المسألة ﴿العاشرة﴾

﴿إذا جنى العبد المغصوب عمداً فقُتل ضمن الغاصب قيمته﴾ يوم تلفه غير مستحقّ عليه القصاص، أو أعلى القيم من يوم غصبه إلى

---

(١) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٢٨.

يوم تلفه... أو غير ذلك ممّا عرفت البحث فيه سابقاً.

إنّما المراد هنا بيان: كونه مضموناً على الغاصب وإن كانت الجناية من العبد بلا تفريط من الغاصب، ولا أجد خلافاً في ذلك بل ولا إشكالاً؛ لما عرفته مكرّراً من كون يد الغاصب يد ضمان وإن تلف بآفة سماويّة.

ولا فرق في الضمان المزبور بين القصاص فيه بعد ردّه إلى سيّده أو قبله؛ ضرورة عدم براءته بالردّ المزبور، لثبوت الاستحقاق عليه في يده والفرض ضمانه. وكذا لو ارتدّ في يد الغاصب فقُتل بعد ردّه إلى السيّد أو قبله.

نعم، لو غصبه مرتدّاً أو سارقاً فقتل أو قطع عنده فالأقوى ضمانه إيّاه مستحقّ القتل أو القطع؛ ضرورة عدم خروجه بالارتداد ـ ولو فطريّاً ـ عن الملك، فله قيمته، بل صرّح بعضهم بجواز بيعه كذلك[1]، خصوصاً بعد القول باختصاص جواز قتله للسلطان ـ بناءً على أنّه من الحدود ـ وقد لا يظفر به.

ج ٣٧ / ٢١٤

ومن هنا يظهر لك: أنّه لا فرق في الردّة بين الفطرة والملّة إذا كانت مقتضية للقتل.

فما في القواعد: من الإشكال في ذلك[2] ـ ممّا عرفت، ومن وجود

---

(١) المصدر السابق: ص ٢٧٦.

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣١.

السبب في يد المالك فهو كوجود المسبّب، وأنّه لا يضمن بالجناية فلا يضمن باليد، وأنّ إزالة ملك المالك لا تضمن بالقتل فأولى أن لا يضمن إزالة يده ـ واضح الضعف؛ إذ كلّ ذلك كما ترى.

وأضعف من ذلك قوله متّصلاً بالإشكال السابق: «فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدّر لو حصل زائد عليه[1]»[2]. سواء كان مراده خصوص القطع أو الأعمّ منه ومن الارتداد؛ على معنى: أنّه لو كان قيمته مائة فقُطع ونقصت قيمته إلى عشرين، فإنّه يضمن الزائد على جنايته التي هي نصف القيمة وهو ثلاثون، أو كانت قيمته ألفي دينار فقُتل، فإنّه يضمن الغاصب حينئذٍ ألف دينار. إذ هو ـ كما ترى ـ لا وجه له بعد أن كانت الجملة غير مضمونة على الغاصب كما هو المفروض، فالمتّجه عدم ضمانه شيئاً، وهو واضح.

وأضعف منهما قوله متّصلاً بذلك: «وكذا الإشكال لو انعكس»[3] أي ارتدّ أو سرق في يد الغاصب، فقتل أو قطع في يد المالك؛ ضرورة منافاته لما سبق منه ومن غيره في خصوص ذلك، بل ولقواعد الغصب التي منها: ضمان العين المغصوبة على الغاصب على كلّ حال من غير فرق بين الآفة السماويّة وغيرها.

---

(١) «زائد عليه» ليست في نسخة القواعد، نعم هي مثبتة في نسخة مفتاح الكرامة.

(٢) الهامش قبل السابق.

(٣) تقدّم المصدر آنفاً.

نعم، لو ارتدّ في يده ثمّ مات في يد المالك من غير قتل ضمن الأرش خاصّة؛ لأنّه ردّه ناقصاً والفرض عدم قتله، فلا يضمن كمال القيمة، كما أنّه لا يبرأ بالموت عن الأرش؛ ضرورة تحقّق النقصان فيه وإن تلف بالموت لا بالعيب الحادث في يد الغاصب.

ج ٣٧ / ٢١٥

ومن ذلك يعلم: أنّ الوجه ـ فيما لو اشترى مرتدّاً أو سارقاً فقتل أوْ قطع في يد المشتري ـ عدم رجوعه بشيء على البائع مع فرض علمه وإقدامه المسقطين لخيار العيب، أمّا مع الجهل فله الأرش خاصّة. فما في القواعد: من الإشكال في أنّه من ضمان البائع[1]، في غير محلّه، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿إن طلب وليّ الدم الدية﴾ في مفروض المسألة على الوجه الشرعي المقرّر في العبد ﴿لزم الغاصب أقلّ الأمرين من قيمته ودية الجناية﴾ كما صرّح به الفاضل[2] والشهيدان[3] والكركي[4] وغيرهم[5]، بل لا أجد فيه خلافاً بيننا[6]، وإنْ

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣١.

(٢) قواعد الأحكام: (المصدر السابق)، تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٣٢، إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٨.

(٣) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٤، مسالك الأفهام: (يأتي المصدر قريباً).

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٧٩ ـ ٢٨٠.

(٥) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٥٣ ـ ٥٥٤.

(٦) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٢٧.

قال في المسالك: «إنّه الأشهر»[١] مشعراً بوجوده، إلّا أنّا لم نتحقّقه.

وعلى كلّ حال، فوجهه: أنّه الذي يستحقّه الوليّ مع فرض كون طلبه على الوجه الذي ذكرناه؛ ضرورة أنّ الدية إن كانت أقلّ فظاهر، وإن كانت القيمة أقلّ فإنّ الجاني لا يجني على أكثر من نفسه.

نعم، لو اقترح غير ذلك: بأن طلب أضعاف قيمته على العفو عن القصاص عنه[٢] وجب على الغاصب بذله؛ لما عرفته من تكليفه بالأشقّ بالنسبة إلى ردّ العين، فكلّ ما يتوقّف على[٣] ذلك يجب عليه دفعه، وقد احتمله في جامع المقاصد هنا[٤]، بل مال إليه غيره[٥]، ولعلّه لا ينافيه ما في المتن وغيره بعد تنزيله على ما ذكرناه. اللّهمّ إلّا أن يقال: لا يجب على الغاصب بذل الزائد المقترح، لكن فيه منع واضح.

ولو مات العبد المزبور دفع الغاصب القيمة التي ثبتت عليه بالغصب للمالك، فإن رجع المجنيّ عليه على المالك بالقيمة ـ التي هي بدل العين التي تعلّق بها حقّ الجناية ـ دفعها إليه مع فرض المساواة بين القيمة المدفوعة للغصب وبين قيمة الجناية، ورجع على الغاصب بقيمة اُخرى.

↑ ج ٣٧ / ٢١٦

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٤٥.

(٢ و٣) الأولى التعبير بـ «عليه».

(٤) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٨٠.

(٥) كالشهيد الثاني في المسالك: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٤٥، والعاملي في مفتاح الكرامة: الغصب / في الأحكام ج ١٨ ص ٢٢٨.

بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ولا إشكال، عدا استحقاق رجوع المجنيّ عليه على المالك بالقيمة؛ لاحتمال اختصاص رجوعه على الغاصب، فيختصّ المالك حينئذٍ بما أخذ، كما أنّه يختصّ الجاني بأرش جنايته لو أخذه ولا يرجع عليه المالك، فهما حينئذٍ كرجلين لكلّ واحد منهما دين على ثالث، بل عن التذكرة: نفي البأس عن ذلك وأنّ المشهور عند الشافعيّة الأوّل.

قلت: لعلّ وجه رجوعه على المالك: أنّه قبض قيمة العين التي تعلّق بها حقّ المجنيّ عليه على وجهٍ ينتقل منها إلى قيمتها.

بل قد يتوهّم عدم رجوع المجنيّ عليه على الغاصب؛ باعتبار عدم ضمانه للعين التي تعلّقت بها الجناية بالنسبة إلى الجاني، ولذا لا يجوز له ردّها للسيّد بعد الجناية.

لكن يدفعه: أنّا نمنع ذلك بعد تعلّق الحقّ فيها، كما يمنع بالنسبة إلى قيمتها أيضاً لقيامها مقامها، فالذي جوّز رجوعه على الغاصب هو دفعه لما تعلّق له[1] حقّ المجنيّ عليه من غير إذن، نحو رجوع الديّان على من دفع عيناً من تركة الميّت إلى وارثه مثلاً بغير إذن منه. نعم، لو كان الدفع بإذن المجنيّ عليه اتّجه عدم الرجوع حينئذٍ.

وعلى كلّ حال فليس هو كدينين على ثالث، بل هو دين واحد تعلّق به حقّان، وإن رجع السيّد على الغاصب إذا أخذه منه ذو الحقّ

---

(١) تحتمل المعتمدة بدلها: به.

المقدّم عليه باعتبار ضمانه عليه، فتأمّل جيّداً، فإنّ المسألة غير محرّرة في كلامهم.

ومن ذلك أيضاً ما يظهر من غير واحد من التفاوت بين القيمة المضمونة للجناية وبينها للغاصب[1] بناءً على ضمان أعلى القيم له، فيختصّ المالك حينئذٍ بالزائد، ولا رجوع للمجنيّ عليه في ذلك. مع أنّه قد يشكل ذلك ـ خصوصاً لو فرض الأعلى بعد حصول الجناية ـ بأنّ حقّ الجناية إنّما تعلّق بالرقبة، ولذا لو مات ولم يكن مضموناً سقط. ولكن لمّا كان مضموناً بالغصب قامت قيمته مقام عينه في التعلّق، فأيّ قيمة كانت للغصب يتعلّق بها حقّ الجناية؛ لأنّه تابع له في ذلك، فلا فرق بين القول بالأعلى وغيره.

↑ ج ٣٧ / ٢١٧

ولو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ثمّ قتله المودع ـ بالفتح ـ فعليه قيمته[2] يتعلّق بها أرش الجناية، فإذا أخذها الولي لم تجب قيمة أُخرى على المودع؛ لأنّه جنى وهو غير مضمون عليه، كما هو واضح.

هذا كلّه في الجناية الموجبة قصاصاً في النفس.

﴿وإن أوجبت قصاصاً فيما دون النفس فاقتصّ منه ضمن الغاصب الأرش﴾ على حسب ما تقدّم الكلام فيه سابقاً لو جنى هو عليه نفسه.

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٨٨ ـ ٣٨٩ (الطبعة الحجرية).

(٢) تحتمل المعتمدة بدلها: قيمة.

﴿وإن عفي على مال ضمن الغاصب أقلّ الأمرين﴾ على حسب ما سمعت الكلام فيه في النفس؛ ضرورة اتّحاد المدرك في الجميع، فلا حاجة إلى عود الكلام.

ولو جنى في يد سيّده بالمستوعب، ثمّ غُصب فجنى اُخرى بالمستوعب ولم يحكم به للأوّل، ففي القواعد[1] ومحكيّ التذكرة[2] وجامع المقاصد[3]: «بيع فيهما، ويرجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني منهما؛ لأنّ الجناية وقعت في يده، وكان للمجنيّ عليه أوّلاً أن يأخذه دون الثاني؛ لأنّ الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنيّ عليه ثانياً، فلا يتعلّق به حقّه». ونحو ذلك ما ذكرناه سابقاً عن التحرير.

والظاهر كون المراد: مع اختيارهما البيع، لا أنّه يباع عليهما قهراً؛ إذ لا إشكال في جواز استرقاقه لهما، كما لا إشكال في استرقاق الأوّل له من دون حاجة إلى حكم به، وأنّه لو استرقّه الأوّل ثمّ جنى الجناية الثانية اختصّ بالثاني.

↑ ج ٣٧ / ٢١٨

نعم، يشتركان فيه مع فرض عدم استرقاق الأوّل له مثلاً ـ على ما قدّمناه سابقاً من عدم اختصاص ذي الجناية الاُولى به ـ ولا الثاني،

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٨٩ (الطبعة الحجرية).

(٣) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٨١ ـ ٢٨٢.

وإن أوهم الأخير بعض النصوص[١]، لكنّه معارض بغيره[٢]، كما تقدّم البحث فيه سابقاً ويأتي إن شاء الله، والأمر في ذلك كلّه سهل.

إنّما الكلام: في استحقاق رجوع الأوّل بما يأخذه المالك من الغاصب عوض جناية الثاني التي هي مضمونة عليه دون الثاني، وقد وجّهه في جامع المقاصد بـ:

«أنّ حقّ المجنيّ عليه أوّلاً متعلّق بقيمة العبد كلّها؛ لأنّ الفرض أنّ الجناية مستوعبة، وقد وجد باقي القيمة، فيتعلّق به حقّه».

«وأمّا الثاني فلأنّ الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنيّ عليه ثانياً، وهو نصف القيمة المستحقّ له، فلا يتعلّق به حقّه مرّة أُخرى؛ لاستحالة تعلّق حقّه به مرّتين، والنصف الآخر من القيمة قد فات بتعلّق حقّ المجنيّ عليه أوّلاً به، فكان القيمة من أوّل الأمر مقدار النصف».

«وأمّا المجنيّ عليه الأوّل فإنّ حقّه متعلّق بتمام القيمة، والجناية الثانية لكونها مضمونة على الغاصب في حكم المنتفية، فيبقى تعلّق حقّه بالقيمة جميعها ثابتاً، ولمّا لم تكن الجناية الأُولى مضمونة على الغاصب لم يكن للمالك الرجوع بما أخذه المجنيّ عليه أوّلاً»[٣].

---

(١) وسائل الشيعة: باب ٤٥ من أبواب القصاص في النفس ح ١ و ٣ ج ٢٩ ص ١٠٤ و١٠٥.

(٢) الهامش السابق: ح ٢ ص ١٠٤.

(٣) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٨٢.

قلت: لكن قد يقال: إنّ ما أخذه المالك بسبب الغصب لا مدخليّة له في الجناية، فلا يتّجه رجوع الأوّل عليه بها؛ إذ هما حيثيّتان مختلفتان، وأقصى الأدلّة اشتراك الجنايتين برقبة العبد دون غيره، وإلّا لاقتضى شركة الثاني، فإنّ الفرض كون الثانية كالأُولى في التأثير ولا مدخليّة للسبق، فمع فرض وجود باقي القيمة يتعلّقان به معاً وإن كان هو عوض الثانية منهما.

ج ٣٧ / ٢١٩

وفيه: أنّ المجنيّ عليه الأوّل أولى بذلك؛ لأنّ المالك بحكم منقطع السلطان عليه بالجناية الأُولى المفروض كونها مستوعبة، أقصى ما هناك قد زاحمتها الجناية الثانية في عينه، دون القيمة الحاصلة بسبب الضمان الذي هو تدارك ما أخذه الثاني.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ الضمان المزبور لم يكن للمجنيّ عليه الأوّل؛ لأنّ الفرض عدم منع الغاصب له عن استيفاء جنايته، وإنّما هو للمالك باعتبار بقاء العين على ملكه قبل الاستيفاء.

وعلى كلّ حال، ينبغي أن يكون الذي يضمنه الغاصب قيمة نصف عبد مستحقّ عليه الجناية الأُولى؛ لأنّ الفرض أنّه غصبه كذلك، لا نصف قيمته بدون الوصف المزبور كما عساه يظهر من كلام المتعرّضين له، وكيف كان فالمسألة محتاجة إلى التأمّل.

ولو مات في يد الغاصب فعليه قيمته تقسّم بينهما، ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة، ويكون للمجنيّ عليه أوّلاً أن يأخذه

منه بناءً على ما عرفت، وفيه البحث السابق.

ولو وهب المجنيّ عليه ثانياً ما أوجبته الجناية للمالك فالرجوع بالنصف بحاله. نعم، لو وهبه للغاصب لم يبعد سقوط الرجوع به، فتأمّل.

ولو جنى على سيّده عمداً فاقتصّ منه وليّه ضمن الغاصب كالأجنبي؛ لإطلاق الأدلّة. ولو جنى على طرف فاقتصّ منه سيّده ضمن الغاصب أكثر الأمرين على الوجه السابق.

ج ٣٧ / ٢٢٠

وما في القواعد: من الإشكال في أصل الضمان[1] ـ باعتبار أنّه إذا سلّمه للمولى فقد مكّنه منه غاية التمكّن ـ واضح الضعف.

نعم، لو كانت الجناية خطأً أو شبه عمد فلا ضمان على الغاصب؛ لعدم ثبوت مال للسيّد على عبده. وما عن الإيضاح من الضمان أيضاً كالأجنبي[2]، واضح الضعف.

نعم، لو فرض حصول نقص في قيمته بالجناية المزبورة ضمنه، كما يضمنه لو حصل في العمد من حيث الجرأة، وهو غير أرش الجناية.

ولو عفا السيّد على مال ففي التذكرة: «ثبت المال على العبد، وفداه الغاصب بأقلّ الأمرين: من أرش الجناية وقيمة العبد، كالأجنبي»[3].

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٣٢.

(٢) إيضاح الفوائد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ١٨٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب / في الطوارئ ج ٢ ص ٣٨٩ (الطبعة الحجرية).

وحكاه في جامع المقاصد عنها، ثمّ قال: «ووجهه: أنّ المال ليس بثابت هنا أصالةً من أوّل الأمر، فيمتنع ثبوته؛ لاستلزامه وجوب مال للسيّد على عبده، وإنّما هو عوض عن جناية ثابتة مستحقّة على العبد مضمونة على الغاصب، فلا يمتنع ثبوت عوضها؛ لأنّ الخيار في ذلك إلى المجنيّ عليه»(١).

قلت: لا يخفى عليك ما فيه، وحمله على إرادة العفو عنه على المال بالمعنى الاقتراحي لعدم القصاص منه ـ كما تقدّم سابقاً ـ لا يقتضي الفداء بأقلّ الأمرين كما هو واضح، والله العالم.

المسألة ﴿الحادية عشر[ة]﴾

﴿إذا نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب لزمه إعادته﴾ إن كان مالكه فيه بغير إشكال؛ لتوقّف الأداء والردّ على ذلك.

أمّا لو كان مالكه في غيره وجاء به الغاصب إليه، ففي المسالك: «تخيّر المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه إليه، وبين أن يأمره بالردّ إلى المكان الذي غصبه فيه؛ لأنّه عادٍ بنقله، فكان الردّ عليه حيث يطلبه المالك. وله أن يأمره بردّه إلى بعض المسافة، بل هو أولى»(٢).

↑ ج ٣٧ / ٢٢١

قلت: قد يناقش فيه ـ إن لم يكن إجماعاً ـ: بعدم الدليل عليه، بل

(١) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٢٨٤.
(٢) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٤٧.

مقتضى الأصل أو الأُصول خلافه، بل ظاهر «تؤدّي»[١] بل و«مردود»[٢] ذلك أيضاً إذا كان المراد الردّ إلى المالك. اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ الظاهر من الردّ إرجاع الشيء إلى المحلّ الذي أخذه منه، خصوصاً بعد الاعتضاد بفتوى من وقفنا عليه من الأصحاب.

ثمّ قال: «وحيث يرضى المالك ببقائه دون المكان الأوّل ليس للغاصب الزيادة عليه؛ لأنّه تصرّف في المغصوب بغير إذن المالك، فلو تجاوز به المأذون فللمالك إلزامه بإعادته؛ لتعدّيه في النقل كأصله»[٣].

قلت: قد يناقش بوجوب الإعادة مع فرض المجيء به إلى بلد الغصب وإن أثم بذلك.

وكيف كان، فحقّ المالك على الغاصب الردّ لا مؤونته ﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لو طلب المالك الأُجرة عن إعادته لم يلزم الغاصب؛ لـ﴾ ما عرفت من ﴿أنّ الحقّ هو النقل﴾ لا أُجرته.

﴿ولو رضي المالك به هناك لم يكن للغاصب قهره على الإعادة﴾ قطعاً.

إنّما الكلام في قهر المالك الغاصب على الردّ في غير بلد الغصب، وفي المحكي عن التذكرة: «أنّه لو نقل حرّاً صغيراً أو كبيراً من موضع إلى موضع آخر بالقهر؛ فإن لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع

---

(١) تقدّم في ص ١١٢.

(٢) تقدّم في ص ٨.

(٣) مسالك الأفهام: الغصب / في اللواحق ج ١٢ ص ٢٤٨.

الأوّل فلا شيء عليه ، وإن كان فاحتاج إلى مؤونة فهي على الناقل على إشكال»[١]. بل في المسالك : الجزم به[٢].

ضرورة عدم دليل على ذلك بعد ما ذكرناه من عدم الضمان بقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»[٣] ونحوها ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

ج ٣٧ / ٢٢٢

﴿النوع الثاني﴾

﴿في مسائل التنازع﴾

﴿وهي ستّ[٤]﴾ :

المسألة ﴿الأُولى﴾

﴿إذا تلف المغصوب واختلفا في القيمة، فـ﴾ عن المقنعة[٥] والنهاية[٦] : أنّ ﴿القول قول المالك مع يمينه﴾ بل ﴿و﴾ عن التحرير[٧] : ﴿هو قول الأكثر﴾ وإن كنّا لم نجده لغيرهما .

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ[٨] والحلّي[٩] والفاضل[١٠]

---

(١) تذكرة الفقهاء: الغصب / في المضمونات ج ٢ ص ٣٨٢ (الطبعة الحجرية).

(٢) المصدر قبل السابق.

(٣) تقدّم في ص ١٧ .

(٤) في نسخة الشرائع: ستّة.

(٥) المقنعة: التجارة / إجازة البيع وصحّته ص ٦٠٧.

(٦) النهاية: المتاجر / بيع الغرر ج ٢ ص ١٨٠.

(٧) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٥٠.

(٨) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٧٥.

(٩) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٠.

(١٠) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٢٨، إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٨، تبصرة المتعلّمين: الإجارة / في الغصب ص ١٠٩.

وولده[١] والمقداد[٢] والشهيدان[٣] والكركي[٤] وغيرهم[٥] على ما حكي عن بعضهم: ﴿القول قول الغاصب﴾ بيمينه، بل في المسالك: نسبته إلى أكثر المتأخّرين[٦]، بل في الرياض: إلى عامّتهم[٧].

﴿و﴾ لا ريب في أنّه ﴿هو أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده التي منها: أصالة براءة ذمّته؛ باعتبار أنّه غارم ومنكر.

↑ ج ٣٧ / ٢٢٣

لكن في صحيح أبي ولّاد: «... فمن يعرف ذلك ـ أي القيمة ـ؟ قال: أنت وهو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا فيلزمك...»[٨]، مؤيّداً[٩]: بأعرفيّة المالك بقيمة ماله من الغاصب الذي يناسبه الأخذ بأشقّ الأحوال.

ولعلّه لذا قال في الكفاية: «لا يبعد ترجيحه»[١٠]، وفي الرياض:

---

(١) إيضاح الفوائد: الغصب / خاتمة ج ٢ ص ١٩٦.

(٢) التنقيح الرائع: الغصب / الأمر الثالث ج ٤ ص ٧٨.

(٣) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٧، اللمعة الدمشقيّة: كتاب الغصب ص ٢٣٦، مسالك الأفهام: الغصب / مسائل التنازع ج ١٢ ص ٢٤٨ ـ ٢٤٩، الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٥٨.

(٤) جامع المقاصد: الغصب / خاتمة ج ٦ ص ٣٣٦.

(٥) كابن فهد في المقتصر: كتاب الغصب ص ٣٤٤.

(٦) مسالك الأفهام: الغصب / مسائل التنازع ج ١٢ ص ٢٤٩.

(٧) رياض المسائل: الغصب / الأمر الثالث ج ١٤ ص ٥١.

(٨) تقدّم في ص ١٥٢.

(٩) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / خاتمة ج ١٨ ص ٣٨٥.

(١٠) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٥٦.

«لولا إطباق متأخّري الأصحاب على العمل بـالأصل العـامّ واطّـراح الرواية لكان المصير إليها في غاية القوّة»[١].

قلت: لكن قد يقال: يمكن حمله على إرادة بـيان أنّ ذلك طـريق لمعرفة القيمة مع التراضي بينهما في ذلك، لا أنّ المراد بيان تقديم قوله مع عدم التراضي، وإلّا لم يكن معنى لقـوله عليه السلام: «أو يـأتي بشـهود» ضرورة عدم الحاجة إليهم في إثبات قوله بناءً على أنّ القول قوله.

بل قد يشعر قوله: «إمّا» بما ذكرناه؛ لأنّ معادله المقدّر: «وإمّـا أن يحلف هو فيلزم ما يحلف عليه، أو يردّ اليمين عليك فيلزمه ما تحلف عليه، أو يأتي بشهود».

ولعلّ التأمّل الجـيّد يـقتضي أنّ المـراد بـالصحيح المـزبور: بـيان انحصار معرفة القيمة كما هي بهما، لكن بالحلف على الوجه المـزبور أو بالشهود.

وهو كذلك؛ فإنّ كلّاً منهما مدّعٍ بالنسبة إلى تعيين كون القيمة كذا في الواقع، وقولنا بتقديم قول الغاصب يراد منه: تقديمه بالنسبة إلى نـفي شغل ذمّته بالزائد، لا على تعيين كون القيمة كذا، فلا دلالة في الصحيح المزبور على فرض المسألة بما عند الأصحاب من كون المراد: شـغل ذمّة الغاصب بالزائد وعدمه.

ج ٣٧ / ٢٢٤

بل إن لم يحمل على ما ذكرناه من التراضي بينهما عـلى اليـمين،

---

(١) رياض المسائل: الغصب / الأمر الثالث ج ١٤ ص ٥٢.

لم يكن معنى لقوله عليه‌السلام : «تعرفها أنت وهو»؛ ضرورة كون المعرفة للمالك حينئذٍ بناءً على أنّ القول قوله .

وليس المراد من قوله عليه‌السلام : «فإن ردّ اليمين عليك» اليمين المردودة المصطلحة ؛ إذ تلك إنّما هي على نفي ما يدّعيه المنكر ، لا على إثبات ما يدّعيه الغاصب .

فلا محيص حينئذٍ عن حمل الصحيح المزبور على ما ذكرناه ، وإلّا نافى قواعد القضاء ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

وأمّا التأييد المزبور فليس دليلاً شرعيّاً ، فالأقوى حينئذٍ تقديم قول الغاصب في نفي الزيادة على ما أقرّ به لكن مع ذكره قيمة للعين المغصوبة ممكنة .

﴿أمّا لو ادّعى ما يعلم كذبه فيه؛ مثل أن يقول: ثمن الجارية حبّة أو درهم، لم يقبل﴾ قطعاً؛ للعلم بكذبه .

وهل يقدّم حينئذٍ قول المالك بيمينه ـ لانتفاء الوثوق بالغاصب؛ لظهور كذبه وحصر دعواه فيما علم انتفاؤه ، فيلغى قوله بالكلّيّة ـ أو يطالب بما يكون محتملاً فيقبل منه . . . وهلمّ جرّاً؟

وجهان ، وفي جامع المقاصد : «لم أجد تصريحاً بأحدهما»[١] . لكن في التحرير صرّح بالثاني منهما[٢] ، وهو الذي قوّاه في الروضة[٣]

---

(١) جامع المقاصد: الغصب / خاتمة ج ٦ ص ٣٣٧.

(٢) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٥٠.

(٣) الروضة البهيّة: كتاب الغصب ج ٧ ص ٥٨ ـ ٥٩.

والمسالك[١] اطّراداً للقاعدة، ولا يلزم من إلغاء قوله المخصوص لعارض كذبه إلغاء قوله مطلقاً حيث يوافق الأصل. وهو كذلك.

ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في السوق في وقتها؛ فادّعى المالك أنّها قبل التلف والغاصب بعده، فالقول قول الغاصب أيضاً بيمينه؛ لأنّه منكر، والله العالم.

ج ٣٧ / ٢٢٥

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿إذا تلف وادّعى المالك﴾ فيه ﴿صفة يزيد بها الثمن كمعرفة الصنعة، فـ﴾ ـلا خلاف أجده هنا[٢] في أنّ ﴿القول قول الغاصب مع يمينه؛ لأنّ الأصل يشهد له﴾ إذ معرفة الصنعة حادث، والأصل عدمه.

نعم، في الكفاية: «في عموم صحيح أبي ولّاد[٣] ما يخالفه»[٤]. وقد عرفت الحال فيه.

وكذا لو كان الاختلاف في تقدّمها لتكثّر الأُجرة؛ لأصالة عدمه أيضاً.

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / مسائل التنازع ج ١٢ ص ٢٤٩.

(٢) صرّح بالحكم في السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٠، وتحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٥٠، والدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٧، وجامع المقاصد: الغصب / خاتمة ج ٦ ص ٣٣٧.

(٣) تقدّم مقطعان منه في ص ١٥١ و١٥٢.

(٤) كفاية الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٦٥٧.

وكذا لو ادّعى المالك تخلّل الخمر في يد الغاصب فأنكره الغاصب، فإنّ القول قول الغاصب بيمينه؛ للأصل أيضاً، والله العالم.

هذا كلّه في دعوى المالك الصنعة الحادثة التي تزيد بها القيمة.

﴿أمّا لو ادّعى الغاصب عيباً﴾ متجدّداً لكن عند المالك ﴿كالعور وشبهه﴾ ممّا هو عارض للعبد بعد الصحّة ﴿وأنكر[1] المالك، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنّ الأصل الصحّة، سواء كان المغصوب موجوداً أو معدوماً﴾.

لكن في المبسوط: «إذا غصب عبداً فردّه وهو أعور، فقال سيّده: عور عندك، وقال الغاصب: بل عندك، فالقول قول الغاصب؛ لأنّه غارم. فإن اختلفا في هذا والعبد قد مات ودفن فالقول قول سيّده: إنّه ما اعورّ. والفصل بينهما: إذا مات ودفن فالأصل السلامة حتّى يعرف عيباً، فكان القول قول السيّد، وليس كذلك إذا كان حيّاً؛ لأنّ العور مشاهد موجود»[2].

↑ ج ٣٧ / ٢٢٦

وأوّل من تعرّض لردّه الحلّي في السرائر، قال: «فإن غصب عبداً فردّه وهو أعور، واختلفا؛ فقال سيّده: عور عندك، وقال الغاصب: بل عندك، قدّم قول الغاصب؛ لأنّه غارم. وقال بعض أصحابنا: فإن اختلفا والعبد قد مات ودفن فالقول قول سيّده: إنّه ما كان أعور. والذي يقوى

(١) في نسخة الشرائع: فأنكر.

(٢) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٤.

عندي: أنّ القول قول الغاصب؛ لأنّه غارم في المسألتين، والأصل براءة الذمّة، وهذا الذي ذكره بعض أصحابنا تخريج من تخريجات المخالفين، والذي تقتضيه أُصول المذهب ما ذكرناه»[١].

وأمّا الفاضل فقد وقع له في القواعد عبارات ثلاثة:

الأُولى: «لو تنازعا في عيب يؤثّر في القيمة، ففي تقديم أحد الأصلين نظر»[٢].

والثانية: «لو ادّعى الغاصب عيباً تنقص به القيمة كالعور، قدّم قول المالك»[٣]. وفي جامع المقاصد: أنّه رجوع عن التردّد إلى الجزم[٤].

والثالثة: «لو ادّعى المالك تجدُّدَ العيب المشاهد في يد الغاصب، والغاصب سبْقَهُ، فالقول قول المالك[٥] على إشكال»[٦].

قلت: لا يخفى عليك أنّ التحقيق ما ذكره الشيخ من الفرق بين المسألتين مع إنكار المالك وجود أصل العور، كما هو ظاهر قول الشيخ: «ما اعورّ» أو صريحه؛ لأنّه الذي يقتضيه الأصل بجميع معانيه، ولعلّه لذا جزمِ الفاضل بتقديم قول المالك فيه.

---

(١) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٥.
(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الضمان ج ٢ ص ٢٢٨.
(٣) قواعد الأحكام: الغصب / خاتمة ج ٢ ص ٢٤١.
(٤) جامع المقاصد: الغصب / خاتمة ج ٦ ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨.
(٥) في المصدر بدلها: الغاصب.
(٦) قواعد الأحكام: الغصب / خاتمة ج ٢ ص ٢٤١.

بخلاف ما إذا كان العور محقّقاً ولكنّ النزاع بينهما في سبقه ولحوقه، ولا أصل يقتضي شيئاً منهما حتّى مع العلم بالتاريخ ـ بناءً على ما حقّقناه في محلّه ـ ولا الاقتران الذي مقتضى الأصل أيضاً عدمه، مع أنّه يمكن فرض المسألة مع القطع بعدمه، ولعلّه لذا تردّد الفاضل.

ولكن فيه: أنّ أصل براءة ذمّة الغاصب بحاله حينئذٍ سالم عن المعارض؛ ولهذا جزم الشيخ فيه بأنّ القول قول الغاصب لأنّه غارم، وإن كان لم يثبت ما ادّعاه من السبق؛ من حيث تعارض أصلَي تأخّر الغصب عن العيب والعكس.

↑ ج ٣٧ / ٢٢٧

ومنه يعلم ما في جامع المقاصد، حيث إنّه جعل وجه النظر في عبارة الفاضل ناشئاً من تعارض الأصلين، قال: «فإنّ الأصل براءة الذمّة من أرش ذلك، والأصل السلامة في العبد إلى حين إثبات اليد، فتعارضهما أوجب التردّد».

ثمّ قال: «لا يخفى أنّ التعارض غير واضح؛ لأنّ أصل السلامة من العيب يقتضي شغل ذمّة الغاصب لضمان جميع العبد، ومع ذلك لا يبقى أصل البراءة؛ لوجود الناقل عنه، ولأنّ الأصل عدم تقدّم العيب»[1].

وتبعه على ذلك في المسالك[2].

إذ لا يخفى عليك ما فيه؛ لأنّ أصالة عدم تقدّم العيب معارضة

---

(١) جامع المقاصد: الغصب / في الضمان ج ٦ ص ٢٦٢ ـ ٢٦٣.

(٢) مسالك الأفهام: الغصب / مسائل التنازع ج ١٢ ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

بأصالة عدم تقدّم الغصب مع فرض جهل التاريخ ، أو بناءً على أنّ العلم به كالجهل به ، وهو منشأ نظر الفاضل . وأصل السلامة من العيب بعد وجوده ـ الذي هو بمعنى استصحابها إلى حين الغصب ـ ليس هو إلّا أصل عدم تقدّم العيب على الغصب المعارض بمثله ، كما هو واضح .

ومنه يعلم ما في عبارة المصنّف أيضاً إن كان مراده ما يشمل دعوى تقدّم العور وتأخّره ـ كما يشعر به قوله : «سواء ...» إلى آخره ، معرّضاً به لما سمعته من الشيخ ـ المقتضي عدم معنى لأصل السلامة مع فرض وجود المغصوب معيباً ، كما عرفت .

ولقد أجاد الفاضل في المختلف ، حيث إنّه ـ بعد أن حكى كلام الشيخ وابن إدريس ـ قال : «والوجه أن نقول : إن كان السيّد ادّعى بعد موته ودفنه أنّه اعورّ عند الغاصب ، وادّعى الغاصب أنّه اعورّ عند المالك ، فلا فرق بين المسألتين . وإذا كان قد أنكر عوره مطلقاً قدّم قوله ، وهو الظاهر من كلام الشيخ ، فإنّه قال : القول قول السيّد : إنّه ما اعورّ والأصل السلامة ، ولأنّه لولا ذلك لما بقي فرق بين الموت وعدمه»[1] . وهو جيّد جدّاً ، موافق لما حقّقناه .

↑ ج ٣٧ / ٢٢٨

نعم ، لو فرض كون دعوى الغاصب أنّه أكمه لا عور حادث ، أمكن حينئذٍ تقديم قول المالك ؛ لأصالة السلامة ـ التي هي بمعنى غلبة السلامة ـ الواردة على أصل البراءة ، إلّا أنّ الكلام في حجّيّة الغلبة

---

(١) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٢٩.

المزبورة على وجهٍ تصلح قاطعاً للأصل المزبور في المقام، ومع فرضه لا إشكال في الضمان حينئذٍ لما ذكره، فتأمّل جيّداً.

بل ممّا ذكرناه يعلم ما في كثير من الكتب، حتّى الدروس ـ وإن وافق ما قلناه في الجملة ـ قال: «ولو اختلفا في تقدّم العيب حلف الغاصب عليه لأنّه غارم، قاله الشيخ وابن إدريس، ولو قيل: يحلف المالك لأنّ الأصل السلامة وعدم التقدّم كالمبيع كان وجهاً. ولو اختلفا في العيب بعد موته أو انقطاع خبره حلف المالك عند الشيخ، والغاصب عند ابن إدريس، والأوّل أصحّ»[1].

إذ لا يخفى عليك ما في الوجه الذي ذكره؛ ضرورة التعارض فيما ذكره من أصل السلامة وعدم التقدّم كما عرفت. وحلف المالك على ذلك في البيع لأصالة لزوم العقد والبراءة من الأرش، بخلاف المقام المقتضي لشغل ذمّة الغاصب الذي مقتضى الأصل براءتها، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿إذا باع الغاصب شيئاً﴾ أو وهب مثلاً ﴿ثمّ انتقل إليه بسبب صحيح﴾ كميراث ونحوه، ولم نقل بأنّ ملك الفضولي لما باعه إجازة ﴿فقال للمشتري: بعتك ما لا أملك﴾ والآن قد انتقل إليّ بسبب

↑ ج ٣٧ / ٢٢٩

(١) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٧.

صحيح ﴿وأقام بيّنة، هل تسمع بيّنته؟ قيل: لا؛ لأنّه مكذّب لها بمباشرة البيع﴾ الظاهر في أنّه ملكه.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ[1] والفاضل[2] والشهيدان[3] وغيرهم[4]: ﴿إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضمّ إليه من الألفاظ ما يتضمّن ادّعاء الملكيّة﴾ كأن يقول: بعتك ملكي، أو هذا ملكي، أو قبضت ثمن ملكي، أو أقبضته ملكي ﴿قبلت، وإلّا ردّت﴾.

بل لا أجد فيه خلافاً بين من تعرّض له منّا[5]، بل لم أجد القائل بعدم السماع مطلقاً، بل عن المبسوط أنّه لم يذكره لأحد من العامّة وإنّما ذكره احتمالاً[6]، مع أنّه واضح الضعف؛ ضرورة عدم اقتضاء إيقاع البيع مثلاً البيعيّة على وجهٍ يكون تكذيباً للبيّنة، بحيث لا تكون حجّة له؛ إذ البيع حقيقةً يقع على الملك وغيره.

وتنزيل إطلاق البيع على ما يملكه فيما لو باع النصف مشاعاً

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٠.

(٢) إرشاد الأذهان: الغصب / في الأحكام ج ١ ص ٤٤٨، قواعد الأحكام: الغصب / خاتمة ج ٢ ص ٢٤١.

(٣) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٨، مسالك الأفهام: الغصب / مسائل التنازع ج ١٢ ص ٢٥١ ـ ٢٥٢.

(٤) كالفخر في الإيضاح: الغصب / خاتمة ج ٢ ص ١٩٧، والأردبيلي في مجمع البرهان: الغصب / في الأحكام ج ١٠ ص ٥٥٧.

(٥) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / خاتمة ج ١٨ ص ٣٩٢.

(٦) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٤ (أورده بصيغة السؤال).

ـ للقرينة الدالّة على ذلك ـ لا يقتضي تنزيل إيجاد صيغة البيع على الملكيّة بحيث تنافي دعواه اللاحقة وبيّنته، خصوصاً مع ملاحظة عموم قوله صلى الله عليه وآله: «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»[1].

ولو أقرّ بالغصبيّة بعد أن باعه وقبل الانتقال إليه بسبب صحيح وكذّبه المشتري، أُغرم الثمن للمالك إن أجاز البيع وإلّا فقيمته.

لكن في القواعد: «ولو أقرّ بائع العبد بالغصبيّة من آخر، وكذّبه المشتري، أُغرم البائع الأكثر من الثمن والقيمة للمالك»[2].

ولم يظهر لنا وجه له معتدّ به، والمتّجه ما قلناه، وحينئذٍ فلو فرض زيادة ما قبض من الثمن عنها وجب عليه دسّها في مال المشتري، هذا. ↑ ج ٣٧ / ٢٣٠

ولكن ليس للمشتري مطالبته بما دفع إليه من الثمن بعد عدم تصديقه في إقراره، كما أنّه ليس للبائع مطالبة المشتري مع عدم الإجازة إلّا بأقلّ الأمرين من القيمة والثمن؛ لأنّ الأُولى إن كانت أقلّ فليس له غيرها بمقتضى إقراره، وإن كان الثمن أقلّ فليس له سواه في ظاهر الشرع، سواء أجاز المقرّ له أم لا بعد عدم تصديق المشتري.

ولو عاد العبد إليه بفسخ أو غيره وجب ردّه على مالكه واسترجع

---

(١) عوالي اللآلي: ح ١٧٢ ج ١ ص ٢٤٤، مستدرك الوسائل: باب ٣ من أبواب كيفيّة الحكم ح ٤ ج ١٧ ص ٣٦٨، كنز العمّال: ح ١٥٢٩٧ ج ٦ ص ١٩٠، كشف الخفاء: ح ٩٢٥ ج ١ ص ٢٨٩، الجامع الصغير: ح ٣٢٢٦ ج ١ ص ٤٩٦، سنن الدارقطني: ح ٥٢ ج ٤ ص ٢١٨، معرفة السنن والآثار: ح ٥١٨٥ ج ٦ ص ٤٢١، سنن البيهقي: ج ١٠ ص ٢٥٢.

(٢) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٤٠.

ما دفعه كما في القواعد[١] وغيرها[٢]، بل صرّح بعضهم بأنّ ما دفعه كان للحيلولة[٣]، ومقتضاه بقاء العين على ملك المالك وإن دفع له القيمة كما سمعته في الحيلولة. وقد تقدّم بعض الكلام في ذلك في كتاب الإقرار[٤].

ولو كان إقراره في مدّة خياره ففي القواعد[٥] ومحكيّ غيرها[٦]: «انفسخ البيع؛ لأنّه يملك فسخه، فقُبل إقراره بما يفسخه»، إذ الإقرار يجب أن ينفذ حيث يمكن نفوذه، وهو ممكن على هذا التقدير، فكان كما لو أعتق ذو الخيار أو باع.

ولكن قد تقدّم في بحث الحيلولة[٧] وفي كتاب الإقرار[٨] ما يظهر منه نوع تأمّل في ذلك وبحث في القاعدة المزبورة على وجهٍ يحصل منها الانفساخ ظاهراً وإن لم ينشئ الفسخ، فلاحظ وتأمّل.

ولو أقرّ المشتري خاصّة لزمه ردّ العبد إلى المقرّ له، ويدفع الثمن إلى بائعه.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) كالمبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٦، وتحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٥٢.

(٣) جامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٣٣.

(٤ و٨) في ج ٣٦ ص ٢٣٧ فما بعدها.

(٥) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٤٠.

(٦) كالمبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٦ ـ ٩٧، وتحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٥٢، وجامع المقاصد: الغصب / في الأحكام ج ٦ ص ٣٣٤.

(٧) في ص ١٩٦...

ولو أعتق المشترى العبد لم ينفذ إقرارهما معاً عليه، وكذا لو باعه على ثالث لم يصدّقهما، ولو صدّقهما العبد بعد عتقه فالأقرب القبول، وفاقاً للفاضل في بعض كتبه[١]؛ لعموم: «إقرار العقلاء...»[٢]، ومن أنّه في الإعتاق مانع[٣] لوقوعه صحيحاً، ومنشئ العقد والإيقاع أعلم به.

↑ ج ٣٧ / ٢٣١

لكن في القواعد: «ويحتمل عدمه؛ لأنّ العتق حقّ لله تعالى، كما لو اتّفق العبد والسيّد على الرقّ وشهد عدلان حسبةً بالعتق»[٤]. بل هو المحكي عن المبسوط[٥] والتذكرة[٦] والإيضاح[٧].

والأقوى الأوّل، والفرق بين الأمرين واضح. وعلى الثاني فللمالك تضمين أيّهما شاء، فيضمّنه يوم العتق بناءً على المختار، فإن ضمّن البائع رجع على المشتري لأنّه أتلفه، وإن رجع على المشتري رجع بالثمن خاصّة.

---

(١) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٤٠، تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٥٢، تذكرة الفقهاء: الغصب / في التنازع ج ٢ ص ٣٩٩ (الطبعة الحجرية).

(٢) عوالي اللآلي: الفصل التاسع من المقدّمة ح ١٠٤ ج ١ ص ٢٢٣، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الإقرار ح ٢ ج ٢٣ ص ١٨٤، مستدرك الوسائل: باب ٢ من كتاب الإقرار ح ١ ج ١٦ ص ٣١.

(٣) في العديد من المصادر الفقهيّة ضبطت بـ «تابع».

(٤) قواعد الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٢٤٠.

(٥) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ٩٧.

(٦) تذكرة الفقهاء: الغصب / في التنازع ج ٢ ص ٣٩٩ (الطبعة الحجرية).

(٧) إيضاح الفوائد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ١٩٦.

ولو مات العبد وخلّف مالاً، ففي التحرير: «هو للمدّعي إن لم يخلّف وارثاً، ولا ولاء لأحد عليه»[١]. وفيه: أنّ المتّجه كونه للإمام، والله العالم.

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿إذا مات العبد﴾ المغصوب مثلاً ﴿فقال الغاصب: رددته[٢] قبل موته، وقال المالك: بعد موته، فالقول قول المالك مع يمينه﴾ لتعارض الأصلين وتساقطهما، أو أنّ مفادهما الاقتران الذي لا يفيد البراءة، مضافاً إلى اتّفاقهما على عدمه، مع أنّه حادث والأصل عدمه. وعلى كلّ حال فيبقى أصل بقاء الضمان بحاله على قطعه لأصل البراءة.

ومن هنا كان المشهور على ذلك[٣]، بل لا أجد فيه خلافاً ﴿و﴾ إن قال المصنّف والفاضل في التحرير[٤]: ﴿قال في الخلاف: ولو عملنا في هذه بالقرعة كان جائزاً﴾ إلّا أنّا لم نتحقّقه، فإنّ عبارته المحكيّة عنه في المختلف في تعارض البيّنتين قال: «إذا غصب عبداً ومات واختلفا؛ فقال الغاصب: رددته حيّاً ومات في يد المالك، وقال المالك:

(١) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٥٣.
(٢) أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة أُضيف فيها «إليك» بعدها.
(٣) نقلت الشهرة في مفتاح الكرامة: الغصب / خاتمة ج ١٨ ص ٣٨٨.
(٤) تحرير الأحكام: الغصب / في الأحكام ج ٤ ص ٥٥١.

رددته ميّتاً، وأقام كلّ منهما بيّنة بما ادّعاه، سقطتا وعدنا إلى الأصل وهو بقاء العبد عند الغاصب حتّى يعلم ردّه، و[1]لأنّ كلّاً منهما مدّعٍ موت العبد عند صاحبه وتكافئا سقطتا[2]، وبقي الأصل وهو بقاء العبد عند الغاصب حتّى يعلم ردّه. وإن عملنا في هذه المسألة على القرعة كان جائزاً»[3].

ولعلّه لذا حكاه في الدروس عنه في ذلك، قال: «ولو اختلفا في ردّه، أو في موته قبل الردّ أو بعده، أو في ردّ بدله مثلاً أو قيمةً، حلف المالك. ولو أقاما بيّنتين تساقطتا ويحلف المالك، وفي الخلاف: يجوز العمل بالقرعة لتكافؤ الدعويين، وهو حسن بل واجب، وقال ابن إدريس: البيّنة للغاصب؛ لأنّها تشهد بما يخفى»[4].

قلت: ولعلّه كذلك إن لم ترجّح بيّنة الداخل أو الخارج، وإلّا كان العمل عليها دونها، كما حقّقناه في كتاب القضاء[5].

ولعلّ ما عن المبسوط هنا مبنيّ على ترجيح بيّنة الداخل، قال: «إذا أقام كلّ منهما بيّنة عمل على ما نذكره في تقابل البيّنتين، وإن قلنا: إنّ البيّنتين إذا تقابلتا سقطتا وعدنا إلى الأصل ـ وهو بقاء العبد عنده

---

(١) ليست في المصدر.

(٢) في المصدر: وتكافئا ولا ترجيح فسقطتا.

(٣) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٣٠.

(٤) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٧.

(٥) في ج ٤١ ص ٦٠٥...

حتّى يعلم ردّه ـ كان قويّاً»[١].

لكن في محكيّ السرائر: «أنّ الذي قوّاه مذهب الشافعي في تقابل البيّنتين لا مذهب أصحابنا، وإنّما مذهب أصحابنا بلا خلاف بينهم الرجوع إلى القرعة؛ لأنّه أمر مشكل، وهذا ليس من ذلك القبيل، ولا هو منه بسبيل، ولا في هذا إشكال».

إلى أن قال: «إنّما تسمع بيّنة الغاصب لأنّها تشهد بأمرٍ قد يخفى على بيّنة المالك، فلا إشكال هنا[٢] حتّى تستعمل فيه القرعة، بل مثاله رجل غصب مالاً ثمّ قال الغاصب: رددته، وقال المغصوب منه: ما رددته، فالقول قول المغصوب منه، فإن أقام كلّ منهما بيّنة سمعت بيّنة الغاصب؛ لأنّ لبيّنته مزيّة على بيّنة المغصوب منه، لأنّها تشهد بأمر قد يخفى على بيّنة المالك. وكذا لو ادّعى قضاء الدين وأنكر المالك وأقام كلّ منهما البيّنة ـ إلى أن قال: ـ ولا يقول أحد من علمائنا: إنّه يستعمل هنا القرعة، ولا يعاد إلى الأصل»[٣].

ج ٣٧ ٢٢٣

وحاصله: تقديم بيّنة الخارج على الداخل، وقد ذكرنا في كتاب القضاء[٤] تفصيل الحال والأقوال، فلاحظ وتأمّل.

نعم، حاول في المختلف جعل الفرض من المتضادّين الذي هو

---

(١) المبسوط: كتاب الغصب ج ٣ ص ١٠٥.

(٢) من قوله: «إنّما تسمع بيّنة الغاصب» إلى هنا ليس في المصدر.

(٣) السرائر: باب الغصب ج ٢ ص ٤٩٦.

(٤) انظر قبل أربعة هوامش.

محلّ القرعة أو التساقط والرجوع إلى الأصل؛ وذلك لأنّ الموت أمر وجودي طارئ على الحياة، فهو حينئذٍ ضدّها، ولا يمكن الجمع بينهما، فحصل الاشتباه الموجب للقرعة أو التساقط والرجوع إلى الأصل[١]. ولعلّه لذا جزم به في الدروس[٢].

لكن فيه: أنّ ذلك لا يخرج المسألة عن مسألة بيّنة الداخل والخارج، فلابدّ حينئذٍ من بناء ترجيح إحدى البيّنتين على ذلك. نعم، يرجع إلى القرعة في البيّنتين المتضادّتين ولم تكن إحداهما بيّنة داخل وخارج، كما في دعوى رجل زوجيّة امرأة ودعوى آخر كذلك، فتأمّل جيّداً.

هذا كلّه في الردّ حيّاً أو ميّتاً.

أمّا ردّ أصل المغصوب أو قيمته أو مثله، فلا إشكال ولا خلاف في أنّ القول قول المالك؛ لأنّ الأصل عدم ذلك، فهو منكر.

ولا يشكل ذلك: باقتضائه التخليد في السجن حينئذٍ؛ لإمكان الالتزام بذلك، كما لو أقام المالك بيّنة عليه بوجود عين المغصوب، فيحبس إلى أن يتحقّق الحاكم عدم العين عنده، فيلزمه بالمثل أو القيمة.

وقد يحتمل الانتقال إلى ذلك من أوّل الأمر؛ لسقوط التكليف بنفس العين بدعوى الردّ، التي هي كدعوى التلف التي ذكرها المصنّف

↑ ج ٣٧ / ٢٣٤

---

(١) مختلف الشيعة: الأمانات / في الغصب ج ٦ ص ١٣١.

(٢) الدروس الشرعيّة: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٧.

وغيره[1] فقال:

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا اختلفا في تلف المغصوب، فالقول قول الغاصب مع يمينه﴾ بل لا أجد فيه خلافاً بينهم، بل عن ظاهر غاية المراد[2] بل والتذكرة[3]: الإجماع عليه.

وليس ـ مع أنّه مخالف للأصل ـ إلّا لأنّه لو لم يقبل لزم تخليده الحبس لو فرض صدقه؛ إذ قد يصدق ولا بيّنة له.

وفي المسالك: «ولا يرد مثله فيما لو أقام المالك البيّنة ببقاء العين، فإنّه حينئذٍ يكلّف بردّها ويحبس مع إمكان صدقه؛ إذ البيّنة ببقائها لا تقتضي المطابقة في نفس الأمر».

«لأنّه يمكن الفرق هنا: بأنّ بقاءها ثابت شرعاً، وظاهر الحال يقتضي صدق البيّنة فيه، فيجوز البناء على هذا الظاهر وإهانته بالضرب والحبس إلى أن يظهر للحاكم كون تركه ليس عناداً، فإذا تعذّر الوصول إلى العين انتقل إلى بدلها كما هنا، بخلاف البناء على الأصل، فإنّه حجّة ضعيفة مختلف فيها بين الفقهاء والأُصوليّين، فلا يناسبها التضييق

---

(١) كالعلّامة في القواعد: الغصب / خاتمة ج ٢ ص ٢٤٠، والشهيد في الدروس: الغصب / درس ٢٢٠ ج ٣ ص ١١٧، والكركي في جامع المقاصد: الغصب / خاتمة ج ٦ ص ٣٣٥ ـ ٣٣٦.

(٢) غاية المراد: الغصب / في الأحكام ج ٢ ص ٤١٠ ـ ٤١١.

(٣) تذكرة الفقهاء: الغصب / في التنازع ج ٢ ص ٣٩٩ (الطبعة الحجرية).

بالعقوبة ونحوها»[١].

قلت: لكنّ ذلك كلّه ـ كما ترى ـ لا يوافق قواعد الإماميّة؛ ضرورة كونه مجرّد اعتبار، فإن ثبت إجماع فذاك، وإلّا كان المتّجه الحبس إلى أن يظهر للحاكم، على نحو البيّنة.

وكيف كان ﴿فإذا حلف﴾ من أوّل الأمر أو بعد اليأس من دفع العين ﴿طالبه المالك بالقيمة؛ لتعذّر العين﴾ ولو للحيلولة التي قد عرفت اقتضاءها ذلك.

فما عن بعض العامّة: من أنّه ليس للمالك المطالبة بالقيمة ـ لأنّه يزعم بقاء العين، فلا يستحقّ بدلها[٢] ـ واضح الضعف، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٢٣٥

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿إذا اختلفا فيما على العبد من ثوب أو خاتم﴾ أو نحوهما، فقال المالك: «هو لي» وقال الغاصب: «هو لي» ﴿فالقول قول الغاصب مع يمينه﴾ بلا خلاف أجده فيه[٣] ﴿لأنّ يده﴾ حالة الغصب ﴿على الجميع﴾ فيقدّم قوله.

ولا يعارضه سبق يد المالك بعد زوالها بطروء يد الغصب التي حكم بسببها بضمانه للعين والمنفعة، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٢٣٦

---

(١) مسالك الأفهام: الغصب / مسائل التنازع ج ١٢ ص ٢٥٤.

(٢) حلية العلماء: ج ٥ ص ٢٥٥، الحاوي الكبير: ج ٧ ص ١٧٨، المجموع: ج ١٤ ص ٢٩٧.

(٣) كما في مفتاح الكرامة: الغصب / خاتمة ج ١٨ ص ٣٨٧.

كتاب

الشفعة

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

والحمد لله ربّ العالمين، وصلّى الله على محمّد وآله الطيّبين الطاهرين الغرّ الميامين، أعلام الحقّ وأدلّاء الخلق، السادة الولاة والذادة الحماة.

﴿كتاب الشفعة﴾

الذي ذكره المصنّف وغيره[1] متّصلاً بكتاب الغصب تنبيهاً على أنّ ذلك كالمستثنى من حرمة أخذ مال الغير قهراً؛ للسنّة المتواترة التي سيمرّ عليك جملة منها في تضاعيف الكتاب، والإجماع بقسميه عليه[2]، بل هو من المسلمين[3].

وما يحكى عن جابر بن زيد والأصمّ: من إنكار الشفعة[4] ـ على فرض صحّة الحكاية ـ من الشواذّ المعلوم بطلانه، خصوصاً بعد الطعن في عقيدة جابر منهما بالخروج.

ج ٣٧
٢٣٧

---

(١) كالعلّامة في القواعد: ج ٢ ص ٢٤٢.

(٢) ينظر المهذّب البارع: الشفعة / المقدّمة ج ٤ ص ٢٥٩، ورياض المسائل: الشفعة / المقدّمة ج ١٤ ص ٥٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في المحلّ ج ١٢ ص ١٩٣.

(٤) العزيز: ج ٥ ص ٤٨٢ ـ ٤٨٣، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٦٠.

وعلى كلّ حال، ففي بعض كتب الشافعيّة: أنّها اختلف في مأخذها لغةً؛ هل هي مشتقّة من الشفع ـ بمعنى: الضمّ، أو الزيادة، أو التقوية ـ أو من الشفاعة؟ أقوال متقاربة[١].

وفي التنقيح: «هي مأخوذة من الزيادة؛ لأنّ سهم الشريك يزيد بما ينضمّ إليه، فكأنّه وترٌ فصار شفعاً»[٢].

وفي المسالك ـ تبعاً للتذكرة[٣] وجامع المقاصد[٤] ـ: «مأخوذة من قولك: شفعت كذا بكذا: إذا جعلته شفعاً به، كأنّ الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب صاحبه. ويقال: أصل الكلمة التقوية والإعانة، ومنه: الشفاعة والشفيع؛ لأنّ كلّ واحد من الوترين يتقوّى بالآخر، ومنه: شاة شافع للّتي معها ولدها؛ لتقوّيها به»[٥].

وفيه ما لا يخفى، إلّا أنّ الأمر سهل، كسهولة الأمر فيما ذكر في تعريفها المحكي عن أبي الصلاح[٦] وابني زهرة[٧] وإدريس[٨] وغيرهم[٩] بأنّها «استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أو قيمته».

---

(١) مغني المحتاج: ج ٢ ص ٢٩٦.

(٢) التنقيح الرائع: الشفعة / المقدّمة ج ٤ ص ٧٩.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / المقدّمة ج ١٢ ص ١٩٣.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة / المقدّمة ج ٦ ص ٣٤٢.

(٥) مسالك الأفهام: الشفعة / المقدّمة ج ١٢ ص ٢٥٩.

(٦) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١.

(٧) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٢.

(٨) السرائر: باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٥.

(٩) كالكيدري في الإصباح: كتاب الشفعة ص ٢٥٣.

﴿و﴾ في القواعد: «هي استحقاق الشريك انتزاع حصّة شريكه المنتقلة عنه بالبيع»[١]، كقول المصنّف هنا: ﴿هي استحقاق أحد الشريكين حصّة شريكه بسبب انتقالها بالبيع﴾.

وفي النافع: «استحقاق حصّة الشريك لانتقالها بالبيع»[٢].

وفي الإسعاد لبعض الشافعيّة: «هي حقّ تملّك قهري يثبت للشريك على الحادث بالعوض[٣] الذي ملك به»[٤].

ويقرب منه ما في الدروس: «حقّ ملك قهري يثبت بالبيع لشريك قديم على شريك حادث فيما لا ينقل عادةً مع إقراره»[٥]. إلى غير ذلك.

ضرورة[٦] معلوميّة كون المراد منها: التمييز في الجملة لتُرتَّب الأحكام عليه، وإلّا فتمامه يعلم بالإحاطة بالأدلّة التي ستعرفها إن شاء الله، وليس المراد منها التحديد الحقيقي، ولا أنّ ذلك للاختلاف بينهم في معنى شرعي لها، كما ذكرنا ذلك غير مرّة[٧]. ↑ ج ٣٧ / ٢٣٨

وحينئذٍ فلا ثمرة فيما في المسالك من أنّه «ينتقض تعريف الكتاب في طرده بما لو باع أحد الشريكين حصّته للآخر، فإنّه يصدق عليه أنّ المشتري قد استحقّ حصّة شريكه الآخر بسبب انتقالها بالبيع».

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / المقدّمة ج ٢ ص ٢٤٢.

(٢) المختصر النافع: الشفعة / المقدّمة ص ٢٤٩.

(٣) في بعض النسخ: بالعرض.

(٤) هذا الكتاب غير متوفّر.

(٥) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٥.

(٦) تعليل لقوله: «كسهولة الأمر» في س ٤ قبل الأخير من الصفحة السابقة.

(٧) في ج ٢٣ ص ٣٣٧... وج ٢٨ ص ٢٩١ وج ٢٩ ص ٧.

«ولا عذر في أنّ الشريك بعد بيع حصّته ليس بشريك؛ لمنع زوال اسم الشريك عنه بناءً على أنّه لا يشترط في صدق المشتقّ حقيقةً بقاء المعنى المشتقّ منه».

«ولا مخلص من ذلك إلّا بالتزام كونه حينئذٍ مجازاً كما يقوله بعض الأُصوليّين، لكنّ الأصحاب لا يقولون به، وعلى هذا فتصدق الشركة بعد المقاسمة، ويلزم ثبوت الشفعة لأحد الشريكين المتقاسمين حصّة الآخر إذا باعها لغيره، وهم لا يقولون به».

«ويصدق مع تكثّر الشركاء إذا كانوا ثلاثة فباع أحدهم لأحد الآخرين، فإنّه حينئذٍ يصدق بقاء شريكين قد انتقلت الحصّة المستحقّة بالبيع إلى أحدهما من شريكه».

«إلّا أن يقال هنا: إنّ الشريك لم يستحقّ حصّة شريكه، بل بعض حصّته وهي المنتقلة بالبيع، دون باقي حصّته وهي حصّة الشريك الآخر، حيث إنّ شريكه يشمل الشريكين، بناءً على أنّ المفرد المضاف يفيد العموم، فلم يتحقّق استحقاقه حصّة شريكه».

«ويؤيّد هذا: أنّ الحصّة وإن كانت صادقة ببعض ما يستحقّه الشريك ـ كما يقال: باع حصّة من نصيبه وإن قلّت ـ إلّا أنّه بإضافتها إلى الشريك تناولت جميع حصّته بناءً على القاعدة المذكورة، وقد أشرنا إليها فيما سبق».

«ولا مخلص من هذه المضايقات إلّا بدعوى كون الشريك بعد انتقال حصّته لم يبق شريكاً عرفاً، والاستحقاق بسبب بيع أحد الشريكين الآخر لا يتحقّق إلّا بعد تمام البيع، ومعه تزول الشركة عرفاً

وإن صدقت لغةً»[١].

وكأنّه أشار بهذا التطويل إلى بيان ما في جامع المقاصد من الإيراد على تعريف الفاضل[٢] بـ«أنّه صادق على استحقاقه انتزاع حصّته ببيعه إيّاها، ثمّ إنّ الحصّة لا يعلم أيّ حصّة يراد بها، وكذا الشريك لا يتعيّن أيّ شريك يراد به»[٣].

لكنّه على كلّ حال، هو كما ترى ـ مع طوله وقلّة محصوله ـ لا يخلو بعضه من خلل؛ ضرورة كون المراد: استحقاق حصّة الشريك الحادث بسبب انتقالها إليه بالبيع. ولو سلّم إرادة الأوّل ـ كما هو ظاهر تعريف القواعد ـ فالمراد: استحقاق الشريك حصّته التي باعها لغيره، فلا يرد شيء ممّا ذكر.

وقول المصنّف: «أحد الشريكين» كالصريح في عدم تحقّقها مع الكثرة، فلا يرد ما ذكر من بيع أحد الثلاثة.

وأغرب من ذلك: ما ذكره في مسألة المشتقّ، ودعواه الإجماع ظاهراً على عدم اعتبار بقاء المبدأ في الصدق، ثمّ تفريعه على ذلك لزوم تحقّق الشفعة بعد المقاسمة، مع أنّه ممنوع في مثل الحائض والشريك، وعلى تقديره فلا يلزم منه ما ذكره بعد النصّ والفتوى على اعتبار عدم القسمة في ثبوتها... إلى غير ذلك ممّا لا يخفى عليك حاله.

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / المقدّمة ج ١٢ ص ٢٥٩ ـ ٢٦٠.

(٢) تقدّم في ص ٣٦١.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / المقدّمة ج ٦ ص ٣٤٢.

وكذا ما في الرياض تبعاً للتنقيح[١] من أنّ «تعريف المصنّف في النافع وإن انتقض في طرده بأُمور، منها: ما لو باع أحد الشريكين حصّته للآخر، فإنّه يصدق عليه أنّ المشتري قد استحقّ حصّة شريكه الآخر بسبب انتقالها بالبيع، إلّا أنّه أجود ممّا عرّفها في القواعد... إلى آخره؛ لانتقاضه طرداً زيادةً على ما ينتقض به الأوّل: بأنّه قد يستحقّ الشريك حصّة شريكه المنتقلة عنه بالبيع لا بسبب الشفعة بل بسبب آخر كالإرث وغيره، وإنّما لا ينتقض ما هنا به لتعليل الاستحقاق بالانتقال بالبيع، ليخرج ما كان الانتقال لا به، بل بغيره من النواقل كالهبة والإصداق والصلح ونحو ذلك»[٢].

ج ٣٧ / ٢٤٠

﴿و﴾ الأمر في ذلك كلّه سهل.

إنّما الكلام في ﴿النظر في ذلك﴾ أي كتاب الشفعة، وهو ﴿يعتمد[٣] خمسة مقاصد﴾:

[المقصد][٤] ﴿الأوّل﴾

في﴿ما تثبت فيه الشفعة﴾

﴿و﴾ لا خلاف بيننا[٥] ـ بل وبين غيرنا عدا النادر[٦] الذي عرفته ـ في أنّها ﴿تثبت في الأرضين كالمساكن والعراص والبساتين﴾ بل

---

(١) التنقيح الرائع: الشفعة / المقدّمة ج ٤ ص ٨٠.

(٢) رياض المسائل: الشفعة / المقدّمة ج ١٤ ص ٥٣ ـ ٥٤.

(٣) أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: يستدعي.

(٤) جعلت جزءً من متن نسخة الشرائع.

(٥) كما في كفاية الأحكام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١ ص ٥٤٠.

(٦) كما في تذكرة الفقهاء: الشفعة / في المحلّ ج ١٢ ص ١٩٣.

تثبت في ذلك ﴿إجماعاً﴾ بقسميه، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر[١]، كالنصوص من الطرفين[٢].

﴿وهل تثبت فيما ينقل كالثياب والآلات والسفن والحيوان؟﴾.

﴿قيل﴾ والقائل الإسكافي[٣] والشيخان في المقنعة[٤] والنهاية[٥] والاستبصار[٦] والصدوقان[٧] والمرتضى[٨] وأبو الصلاح[٩] وابن البرّاج[١٠] وابنا زهرة[١١] وإدريس[١٢] بل وحمزة في الظاهر[١٣] على ما حكي عن بعضهم: ﴿نعم﴾ تثبت ﴿دفعاً لكلفة القسمة، واستناداً إلى رواية يونس عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام﴾ التي ستسمعها.

---

(١) ينظر الخلاف: الشفعة / مسألة ١ ج ٣ ص ٤٢٦، وكشف الرموز: كتاب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٨، وجامع المقاصد: الشفعة / في المحلّ ج ٦ ص ٣٤٤، ومسالك الأفهام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٢ ص ٢٦١.

(٢) تأتي الإشارة إلى النصوص من طرقنا خلال البحث، وانظر سنن البيهقي: ج ٦ ص ١٠٩، وصحيح مسلم: ج ٣ ص ١٢٢٩.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٦.

(٤) المقنعة: كتاب الشفعة ص ٦١٩.

(٥) النهاية: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٢٢٨.

(٦) الاستبصار: البيوع / باب ٧٨ العدد الذين تثبت بينهم الشفعة ذيل ح ٨ ج ٣ ص ١١٨.

(٧) تأتي عبارتهما مع المصدر لاحقاً.

(٨) الانتصار: مسألة ٢٥٦ ص ٤٤٨.

(٩) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦٢.

(١٠) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٨.

(١١) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٦.

(١٢) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٩.

(١٣) الوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٨.

ونفى عنه البعد في الدروس[١]، واختاره في الرياض[٢]، وفي المسالك[٣] وغيرها[٤]: نسبته إلى أكثر المتقدّمين وجماعة من المتأخّرين، بل في الانتصار: الإجماع عليه وأنّه من متفرّدات الإماميّة[٥]، بل عن ابن إدريس: الإجماع أيضاً[٦]، وإن كنّا لم نتحقّقه؛ لأنّ عبارته المحكيّة عنه في المختلف[٧] كما تحتمل ذلك تحتمل إرادة عموم معقد الإجماع أو إطلاقه، فلاحظ.

ج ٣٧ / ٢٤١

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ[٨] والطبرسي[٩] والراوندي[١٠] وسلّار[١١] والفاضل[١٢] ووالده[١٣] وولده[١٤] والآبي[١٥] والشهيدان في

---

(١) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٦.

(٢) رياض المسائل: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٤ ص ٥٥.

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٢ ص ٢٦١.

(٤) ككفاية الأحكام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١ ص ٥٤٠.

(٥) الانتصار: مسألة ٢٥٦ ص ٤٤٨ ـ ٤٤٩.

(٦ و٧) الحكاية وقعت في رياض المسائل: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٤ ص ٥٥، وانظر عبارته في مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٩، والسرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٩.

(٨) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٠٦ ـ ١٠٧، الخلاف: الشفعة / مسألة ١ ج ٣ ص ٤٢٥.

(٩) المؤتلف من المختلف: الشفعة / مسألة ١ ج ١ ص ٦٢٨.

(١٠) فقه القرآن: باب الشفعة ج ٢ ص ٦٩ (صرّح به عند كلامه على بيع الثمرة).

(١١) المراسم: أحكام الشفعة ص ١٨٣ (ظاهره ذلك).

(١٢) إرشاد الأذهان: الشفعة / في الشرائط ج ١ ص ٣٨٤، قواعد الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ٢٤٢، تحرير الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٤ ص ٥٥٧.

(١٣) نقله عنه ولده في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٧.

(١٤) إيضاح الفوائد: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ١٩٧ ـ ١٩٨.

(١٥) كشف الرموز: كتاب الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.

اللمعة[١] والروضة[٢] على ما حكي عن بعضهم: ﴿لا﴾ تثبت، بل عن الخلاف: نسبته إلى أكثر أصحابنا[٣]، بل عن التذكرة إلى المشهور[٤]، بل في الدروس: نسبته إلى المتأخّرين[٥] ﴿اقتصاراً في التسلّط على مال المسلم بموضع الإجماع، واستضعافاً للرواية المشار إليها، وهو أشبه﴾ عند المصنّف وفاقاً لمن عرفت.

إلّا أنّ الرواية المزبورة رواها المشايخ الثلاثة[٦] عن الصادق عليه السلام: «عن الشفعة لمن هي؟ وفي أيّ شيء هي؟ ولمن تصلح؟ وهل يكون في الحيوان شفعة؟ وكيف هي؟ فقال: الشفعة جائزة ـ وفي الفقيه: واجبة ـ في كلّ شيء من حيوان أو أرض أو متاع، إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحقّ به من غيره، وإن زاد على اثنين فلا شفعة لأحد منهم»[٧].

ومعتضدة بما في الفقيه بإسناده عن أحمد بن محمّد بن أبي نصر عن عبد الله بن سنان: «أنّه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه؟ قال: يبيعه، قلت: فإنّهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه،

---

(١) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الشفعة ص ١٦٩.

(٢) الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٣٩٧.

(٣) الخلاف: الشفعة / مسألة ١ ج ٣ ص ٤٢٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في المحلّ ج ١٢ ص ١٩٤.

(٥) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٥ ـ ٣٥٦.

(٦) الكافي: المعيشة / باب الشفعة ح ٨ ج ٥ ص ٢٨١، من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الشفعة ح ٣٣٧٧ ج ٣ ص ٧٩، تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٤ الشفعة ح ٧ ج ٧ ص ١٦٤.

(٧) وسائل الشيعة: باب ٧ من كتاب الشفعة ح ٢ ج ٢٥ ص ٤٠٢.

فلمّا أقدم على البيع قال له الشريك: أعطني؟ قال: هو أحقّ به، ثمّ قال عليه السلام: لا شفعة في الحيوان إلّا أن يكون الشريك فيه واحداً»[1].

ج ٣٧ / ٢٤٢

وبصحيح ابن سنان: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المملوك يكون بين شركاء، فباع أحدهم نصيبه، فقال أحدهم: أنا أحقّ، أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحداً»[2].

وبصحيح الحلبي في التهذيب[3]، وحسنه كالصحيح في الكافي[4]، عن أبي عبد الله عليه السلام أيضاً: «أنّه قال: في المملوك بين شركاء يبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه: أنا أحقّ به، أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحداً، قيل له: في الحيوان شفعة؟ قال: لا»[5].

المحمول على إرادة نفيها في الحيوان إذا لم يكن الشريك واحداً، بشهادة خبر الفقيه، الذي به أيضاً يقيّد إطلاق نفيها في الحيوان في غير الخبر المزبور، وبذلك جمع الشيخ بينها[6]. ولعلّه أولى من الجمع بينها بتخصيص المملوك من الحيوان، كما تسمعه من الفاضل في المختلف. وعلى كلّ حال فهي مؤيّدة لمرسلة يونس.

مضافاً إلى إطلاق قول أبي عبد الله عليه السلام في حسن الغنوي: «سألته

---

(١) انظر «الفقيه» في الهامش قبل السابق: ح ٣٣٧٨ ص ٨٠، و«الوسائل» في الهامش بعده: ح ٧ ص ٤٠٤.

(٢) انظر «التهذيب» قبل ثلاثة هوامش: ح ١١ ص ١٦٥، و«الوسائل» في الهامش بعده: ح ٤ ص ٤٠٣.

(٣) انظر «التهذيب» قبل أربعة هوامش: ح ١٢ ص ١٦٦.

(٤) الكافي: المعيشة / باب شراء الرقيق ح ٥ ج ٥ ص ٢١٠.

(٥) وسائل الشيعة: باب ٧ من كتاب الشفعة ح ٣ ج ٢٥ ص ٤٠٢.

(٦) الاستبصار: البيوع / باب ٧٨ العدد الذين تثبت بينهم الشفعة ذيل ح ٨ ج ٣ ص ١١٨.

عن الشفعة في الدور، أشيء واجب للشريك ويعرض على الجار، وهو أحقّ بها من غيره؟ فقال: الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحقّ بها من غيره بالثمن»[١] وغيره من الإطلاقات.

وإلى ما يفهم من خبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الأرض والمساكن، وقال: لا ضرر ولا ضرار، وقال: إذا أُرِّفت الأُرَف[٢] وحدّدت الحدود فلا شفعة»[٣].

كلّ ذلك مضافاً إلى الإجماع المحكي المعتضد بالشهرة المزبورة، الجابرين لما في النصوص المزبورة من الضعف في السند أو الدلالة، مضافاً إلى مخالفة العامّة[٤] الذين جعل الله الرشد في خلافهم.

↑ ج ٣٧ / ٢٤٣

وربّما نوقش[٥] في الشهرة المزبورة بأنّ الصدوقين وابن أبي عقيل لم يذهبوا إلى الإطلاق المزبور:

قال في المقنع: «لا شفعة في سفينة ولا طريق ولا حمّام ولا رحى ولا نهر ولا ثوب ولا في شيء مقسوم، وهي واجبة في كلّ شيء عدا ذلك من حيوان أو أرض أو رقيق أو عقار»[٦].

---

(١) الكافي: المعيشة / باب الشفعة ح ٥ ج ٥ ص ٢٨١، تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٤ الشفعة ح ٥ ج ٧ ص ١٦٤، وسائل الشيعة: باب ٢ من كتاب الشفعة ح ١ ج ٢٥ ص ٣٩٥.

(٢) يأتي المراد من ذلك في ص ٣٧٢.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٤ ص ٢٨٠، و«التهذيب»: ح ٤، ووسائل الشيعة: باب ٥ من كتاب الشفعة ح ١ ج ٢٥ ص ٣٩٩.

(٤) المجموع: ج ١٤ ص ٢٩٩، مغني المحتاج: ج ٢ ص ٢٩٦.

(٥) كما في مفتاح الكرامة: الشفعة / في المحلّ ج ١٨ ص ٤٠٤...

(٦) المقنع: باب الشفعة ص ٤٠٥.

وقال أبوه: «الشفعة واجبة في كلّ شيء من حيوان أو عقار أو رقيق إذا كان الشيء بين شريكين، وليس في الطريق شفعة ولا في نهر ولا في رحى ولا في حمّام ولا في ثوب ولا في شيء مقسوم»[١].

ولعلّه لذا حكى عنهما في الدروس إثباتها في الرقيق والحيوان[٢].

وقال ابن أبي عقيل: «لا شفعة في سفينة ولا رقيق»[٣].

وفي النهاية ـ بعد أن صرّح[٤] بثبوت الشفعة في الضياع والعقار والحيوان والمتاع ـ قال: «ولا شفعة فيما لا يصحّ قسمته؛ مثل الحمّام والأرحية وما أشبههما»[٥].

ومن ذلك يعلم: أنّ في المسألة أقوالاً لا قولين خاصّة، كما عساه يظهر من المصنّف وغيره[٦] ثبوتها في المنقول مطلقاً، وعدمها فيه كذلك، والتفصيل بما سمعته من الصدوقين والشيخ في النهاية، بل ومن ابن أبي عقيل إذا كان يثبتها فيما عدا ما ذكر، وتفرّد الفاضل في المختلف بثبوتها في الأراضي وفي خصوص المملوك[٧]، وإن حكاه المصنّف فيما يأتي[٨]، إلّا أنّا لم نتحقّقه.

ولا يخفى عليك وجه الجميع بعد الإحاطة بما ذكرناه، مضافاً إلى

---

(١) نقله عنه في مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٦.

(٢) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٦.

(٣) المصدر قبل السابق.

(٤) النهاية: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٢٢٨.

(٥) المصدر السابق: ص ٢٢٩.

(٦) كالعلّامة في التحرير: الشفعة / في المحلّ ج ٤ ص ٥٥٧.

(٧) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٧.

(٨) في ص ٣٨٠.

↑ ج ٣٧ / ٢٤٤

خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق ولا في رحى ولا في حمّام»[١].

وخبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «ليس في الحيوان شفعة»[٢].

والمرسل في الكافي: «إنّ الشفعة لا تكون إلّا في الأرضين والدور فقط»[٣] المنجبر بما عرفت من الشهرة بين المتأخّرين بل إطباقهم، بل قد سمعت حكايتها على الإطلاق.

وقول الصادق عليه السلام في خبر عبد الله بن سنان: «لا تكون الشفعة إلّا لشريكين ما لم يتقاسما...»[٤].

وقوله عليه السلام في خبر السكوني: «... لا شفعة إلّا لشريك غير مقاسم...»[٥].

وقول أحدهما عليهما السلام في المرسل: «الشفعة لكلّ شريك لم يقاسم»[٦].

---

(١) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الشفعة ح ٣٣٧٤ ج ٣ ص ٧٨، وسائل الشيعة: باب ٨ من كتاب الشفعة ح ١ (مع ذيله) ج ٢٥ ص ٤٠٤ ـ ٤٠٥.

(٢) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٤ الشفعة ح ١٠ ج ٧ ص ١٦٥، وسائل الشيعة: باب ٧ من كتاب الشفعة ح ٦ ج ٢٥ ص ٤٠٣.

(٣) الكافي: المعيشة / باب الشفعة ذيل ح ٨ ج ٥ ص ٢٨١، وسائل الشيعة: باب ٨ من كتاب الشفعة ح ٢ ج ٢٥ ص ٤٠٥.

(٤) الكافي: المعيشة / باب الشفعة ح ٧ ج ٥ ص ٢٨١، تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٤ الشفعة ح ٦ ج ٧ ص ١٦٤، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الشفعة ح ١ ج ٢٥ ص ٣٩٦.

(٥) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٦، و«التهذيب»: ح ١٤ ص ١٦٦، و«الوسائل»: ح ٢.

(٦) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ١ ص ٢٨٠، و«الوسائل»: ح ٣.

وقول عليّ عليه السلام : «لا شفعة إلّا لشريك غير مقاسم ...»[١].

والمرسل في الفقيه عن الصادق عن أبيه عليهما السلام : «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قضى بالشفعة ما لم تؤرّف؛ يعني تقسّم»[٢].

بناءً على ظهورها في كون مورد الشفعة : القابل للقسمة ، بخلاف الحيوان ونحوه ، بل ذكر الأُرف ـ التي هي علامة الحدود في قسمة الأراضي ـ مشعر بأنّ موردها خصوص الأراضي .

بل في بعض كتب الشافعيّة[٣] : أنّ الأصل في عدم ثبوتها في المنقول حديث جابر : «إنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قضى بالشفعة فيما لم يقسّم ، فإذا وقعت الحدود وطرّقت الطرق فلا شفعة»[٤] ، ورواه البخاري : «إنّما الشفعة ...»[٥] إلى آخره؛ باعتبار أنّه خصّها بما تدخله القسمة والحدود والطرق ، وهذا لا يكون في المنقولات .

↑ ج ٣٧ / ٢٤٥

بل عن الشيخ الاستدلال بهذه النصوص على الاختصاص[٦] ، مضافاً إلى خبر جابر منها : «لا شفعة إلّا في ربع أو حائط»[٧] . ورواه في

---

(١) انظر «التهذيب» قبل ثلاثة هوامش: ح ١٨ ص ١٦٧، و«الوسائل»: ح ٧ ص ٣٩٨.

(٢) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الشفعة ح ٣٣٦٧ ج ٣ ص ٧٦، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الشفعة ح ٨ ج ٢٥ ص ٣٩٨.

(٣) مغني المحتاج: ج ٢ ص ٢٩٦.

(٤) سنن البيهقي: ج ٦ ص ١٠٢.

(٥) صحيح البخاري: ج ٣ ص ١٨٣.

(٦) الخلاف: الشفعة / مسألة ١ ج ٣ ص ٤٢٦.

(٧) البدر المنير: ج ٧ ص ٧.

الإسعاد: «الشفعة في كلّ مشترك في أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح له أن يبيع حتّى يؤذن شريكه فيأخذ أو يدع»[١].

والإنصاف: أنّ ذلك كلّه ممّا يورث الشكّ للفقيه، خصوصاً بعد عدم الشهرة المحقّقة المعتدّ بها للقدماء في ذلك، بل ما حكاه المرتضى عن العامّة من اتّفاقهم ـ عدا مالك ـ على عدم ثبوتها في المنقول[٢]، معارض بما عن الخلاف من حمل مرسل يونس[٣] على التقيّة من أبي حنيفة ومالك[٤]، كما أنّ ما ادّعاه من الإجماع لم نتحقّقه؛ إذ لم نعرف من وافقه على ذلك ممّن تقدّمه إلّا: المفيد، مع أنّه حكى عنه في المختلف: أنّه لم يصرّح بشيء[٥]، وإن كان هو خلاف الموجود عندنا في مقنعته من التصريح بذلك في آخر كلامه[٦]. وإلّا ابن الجنيد[٧]، ولم نقف على عبارته، وليس النقل كالعيان. وأمّا الصدوقان وابن أبي عقيل فقد عرفت الحال في كلامهم.

---

(١) هذا الكتاب غير متوفّر.

(٢) الانتصار: مسألة ٢٥٦ ص ٤٤٨.

(٣) تقدّم في ص ٣٦٧.

(٤) لم يتعرّض في الخلاف لمرسلة يونس فضلاً عن حملها على التقيّة، ومنشأ ما هنا عبارة مفتاح الكرامة، قال: «فتحمل المرسلة على التقيّة من أبي حنيفة ومالك كما حكاه عنهما في الخلاف». انظر الخلاف: الشفعة / مسألة ١ ج ٣ ص ٤٢٥، ومفتاح الكرامة: الشفعة / في المحلّ ج ١٨ ص ٤٠٨.

(٥) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٢٦.

(٦ و٧) تقدّمت المصادر في أوّل المسألة.

ج ٣٧ / ٢٤٦

وأمّا النصوص السابقة ـ المرسل بعضها ، والمضطرب الآخر منها في الحيوان ـ فيستبعد الجمع بينها بما ذكرناه؛ لأنّ السؤال في بعضها قد وقع عنه بعد «المملوك» المقيّد بوحدة الشريك . على أنّ حمل النصوص المطلقة على ذلك ـ مع عدم خصوصيّة للحيوان ـ في غاية البعد ، كطرح نصوص السفينة ، والإطلاقات المزبورة يشكّ في إرادة الفرض منها ، خصوصاً مع ملاحظة الشهرة وعدم سوقها لبيان نحو ذلك .

فالتحقيق حينئذٍ : الاقتصار على المتيقّن فيما خالف الأُصول العقليّة والنقليّة ، وهو الأخذ في غير المنقول ، وحمل النصوص في المملوك والحيوان[1] على ضرب من الندب ، بل لا يبعد حمل مرسل يونس[2] عليه ، والله العالم .

هذا كلّه في المنقول فعلاً .

﴿أمّا الشجر والنخل والأبنية فتثبت فيها[3] الشفعة تبعاً لـ﴾ بيع ﴿الأرض﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل عن المبسوط : نفيه في موضعين[4] ، بل قيل : «إنّ ظاهره نفيه بين المسلمين»[5] . ولعلّه كذلك ، بل قد يظهر من ذكر القولين فيما لو أُفردا في المتن وغيره[6] : الإجماع

(١ و٢) تقدّمت الإشارة إليها في ص ٣٦٧...

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: فيه.

(٤) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٠٧ و١١٩.

(٥) مفتاح الكرامة: الشفعة / في المحلّ ج ١٨ ص ٤١٣.

(٦) كمسالك الأفهام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٢ ص ٢٦٤، وكفاية الأحكام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١ ص ٥٤١.

على ثبوتها في صورة الضمّ.

كلّ ذلك مضافاً إلى دخول الأبنية في «المساكن» التي قد سمعت التصريح بها وبالدور في نصوصنا.

نعم، ليس في شيء منها ذكر الحائط بمعنى البستان الشامل للأرض والغرس، وإنّما هو موجود في نصوص العامّة[1]، إلّا أنّه لا فرق عند الأصحاب بينه وبين البناء.

كما أنّه ليس في شيء من نصوصنا لفظ «البناء»، بل فيها: الأراضي والمساكن والدور[2]، ومن هنا قد يتوقّف فيما لا يدخل تحت اسم المسكن والدار من البناء كجدار ونحوه، وإن حكي عن ظاهر جماعة[3] وصريح آخرين[4] ثبوت الشفعة فيه تبعاً للأرض، لكنّه لا يخلو من نظر.

↑ ج ٣٧ / ٢٤٧

اللّهمّ إلّا أن يكون ذلك مثالاً لكلّ ما يثبت في الأرض سواء كان مسكناً أو غيره.

نعم، لا إشكال في تناول اسم الدار لجميع ما يثبت فيها؛ من الأبواب والأخشاب والأعتاب ونحوها من المنقولات التي أُثبتت تبعاً للدار، بل في بعض كتب الشافعيّة: دخول المفاتيح أيضاً[5]، وإن كان فيه

---

(١) تقدّم بعضها في ص ٣٧٢ ـ ٣٧٣، وانظر سنن البيهقي: ج ٦ ص ١٠٤ و١٠٩.

(٢) تقدّمت في ص ٣٦٧...

(٣) كالعلّامة في القواعد: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ٢٤٢.

(٤) كالكركي في جامع المقاصد: الشفعة / في المحلّ ج ٦ ص ٣٤٤ ـ ٣٤٥.

(٥) إعانة الطالبين: ج ٣ ص ١٠٩.

منع واضح وإن قلنا بتبعيّتها لبيع الدار عرفاً، كتبعيّة ثياب العبد ومقود الدابّة ورحلها، إلّا أنّ ذلك لا يقتضي التبعيّة في الشفعة التي مدارها اسم البستان والدار والمسكن، لا ما يتبعها عند بيعها، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق.

على أنّ الأصل المزبور يقتضي الاقتصار على المتيقّن، ولعلّه لذا جزم في القواعد[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] وجامع المقاصد[٤]: بعدم الشفعة فيما لو كانت أرض الغرفة سقف صاحب السفل المختصّ؛ لعدم التبعيّة لأرضه حينئذٍ. ولكن في الدروس: «لا شفعة فيها عند الفاضل»[٥] مشعراً بنوع تردّد فيه.

أمّا لو كان السقف لهما ففي القواعد: «إشكال؛ من حيث إنّه في الهواء، فليس بثابت»[٦]، ولا ترجيح في التحرير[٧] والدروس[٨]، بل في التذكرة: «الأقرب أن لا شفعة»[٩]، بل في جامع المقاصد: «أنّه الأصحّ؛ لأنّ ثبوت الشفعة فيها تبعاً للأرض ولا أرض هنا، وعدم النقل عادةً

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ٢٤٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في المحلّ ج ١٢ ص ٢٠١.

(٣) تحرير الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٤ ص ٥٥٧.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة / في المحلّ ج ٦ ص ٣٤٦.

(٥) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٥.

(٦) تقدّم المصدر آنفاً.

(٧) تقدّم المصدر آنفاً.

(٨) تقدّم المصدر آنفاً.

(٩) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في المحلّ ج ١٢ ص ٢٠١.

لا يخرجها عن كونها منقولة في الأصل وصائرة إلى النقل»[١].

إلّا أنّه لا يخفى عليك ما فيه؛ لصدق اسم المسكن والدار، وكون الشيء منقولاً أو ثابتاً ليس عنواناً في شيء من النصوص، ولعلّه لذا حكي عن الفخر: أنّ الأولى ثبوت الشفعة[٢]. بل لولا ذلك لأشكل حينئذٍ الشفعة في مسكن الأسفل باعتبار أنّ أعلاه ملك لغيره. إلّا أنّه ـ كما ترى ـ يمكن القطع بعدمه، والله العالم.

ج ٣٧ / ٢٤٨

﴿و﴾ على كلّ حال، فلا إشكال في البناء والغرس التابع للأرض، نعم ﴿لو أُفردا[٣] بالبيع نزّل على القولين﴾ السابقين، بلا خلاف أجده فيه[٤]، وكذا لو بيعا مع أرض أُخرى.

أمّا لو بيعا مع مغرسهما وأُسّهما خاصّة من أرض البستان والدار فالأصحّ عند الشافعيّة: عدم الشفعة[٥]؛ لأنّ المبيع من الأرض هنا تابع وهو الأُسّ والمغرس، والمتبوع وهو البناء والشجر[٦]. ولا يخلو من وجه؛ للشكّ في التبعيّة هنا، لعدم صدق البستان والدار على الفرض؛ إذ هما اسم للمجموع المركّب من ذلك، وهو المدار.

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً (بتصرّف).

(٢) ما هنا مطابق لنقل مفتاح الكرامة: (ج ١٨ ص ٤١٨)، والموجود في نسختنا من الإيضاح عدم ثبوت الشفعة، انظر إيضاح الفوائد: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ١٩٨.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: أُفرد.

(٤) كما يظهر من رياض المسائل: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٤ ص ٥٨.

(٥) إعانة الطالبين: ج ٣ ص ١٠٩. روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٤٧.

(٦) في بعض المصادر بعدها إضافة: منقول.

ومنه حينئذٍ يعلم عدم الشفعة في الدار التي أرضها غير مملوكة للشريكين ولو لأنّها مفتوحة عنوةً وقلنا بعدم ملكها تبعاً للآثار، أو كانت وقفاً على غيرهما، أو كانت مستأجرة أو عارية... أو نحو ذلك، فإنّها وإن صدق عليها اسم الدار والبستان لكنّه لا بيع فيها لأرضها مع الآثار حتّى تتحقّق الشفعة حينئذٍ.

ولو كان في أرض البستان أو الدار زرعٌ يجزّ مرّة بعد أُخرى، فالذي صرّح به بعض الشافعيّة: الشفعة في أُصوله وإن كان الجزّة الظاهرة لا شفعة فيها، أمّا إذا لم يكن كذلك بل يجزّ دفعة واحدة ويؤخذ فلا شفعة فيه[١].

قلت: لعلّ الأصحّ خلافه فيهما؛ ضرورة عدم دخولهما في اسم الحائط والدار حتّى تتحقّق الشفعة فيه، وليس هو من التوابع الثابتة. ومن هنا كان المحكي عن الخلاف[٢] وفقه الراوندي[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] وجامع المقاصد[٦] وغيرها[٧]: عدم الثبوت فيه من دون تفصيل.

---

(١) العزيز: ج ٥ ص ٤٨٥، روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٤٧.
(٢) الخلاف: الشفعة / مسألة ٢ ج ٣ ص ٤٢٦.
(٣) فقه القرآن: باب الشفعة ج ٢ ص ٦٩.
(٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في المحلّ ج ١٢ ص ١٩٧ و ٢٠٠.
(٥) تحرير الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٤ ص ٥٥٨.
(٦) جامع المقاصد: الشفعة / في المحلّ ج ٦ ص ٣٤٥.
(٧) كمسالك الأفهام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٢ ص ٢٦٨.

ولو كان في الدار نخلة أو شجرة أو نحوهما ممّا لا تسمّى بستاناً فلا شفعة فيها ببيع الدار؛ إذ ليس هي منها في شيء، والتبعيّة الجعليّة في البيع لا تجدي، بل قد عرفت أنّ التبعيّة العرفيّة كذلك ما لم تدخل في المسمّى على وجهٍ تكون من أجزاء الدار عرفاً، مثل الرفوف المثبتة فيه.

↑ ج ٣٧ / ٢٤٩

بل لو فرض بناء بيوتها أجمع بالخشب ونحوه ثبت فيها الشفعة تبعاً للأرض؛ لصدق اسم المسكن والدار، بل لا يبعد إلحاق بناء القصب ونحوه ممّا يكون مبنيّاً على الثبات والدوام على وجه الجزئيّة منها.

فتأمّل جيّداً؛ فإنّ المدار ما عرفت، وإلّا فالفروع المتصوّرة في المقام كثيرة لا يصعب عليك ـ بحمد الله ـ شيء من أحكامها بعد الإحاطة بما ذكرناه؛ حتّى أصالة عدم الشفعة مع الشكّ.

نعم، تتّجه الشفعة في ذلك ـ وإن لم تدخل تحت اسم المسكن والبستان والدار ـ بناءً على أنّ البناء والغرس مثال لكلّ ما يثبت في الأرض على هذا النحو؛ ولذا تثبت الشفعة في الحمّام والدكّان والرحى والبئر ونحوها مع السعة، ولا يدخل شيء منها في اسم البستان والدار، كما أومأنا إليه في الجدار المبني في أرض.

ومن ذلك ينقدح الشفعة حينئذٍ في النخلة في الدار وفي المنارة مثلاً في البستان، بل وفي البيوت التي تبنى فيها لأجل إحراز الثمرة أو لأجل حيواناتها أو لنحو ذلك، بل وما ينبت فيها من حشيش ونحوه وإن كان ممّا ينقل، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، ففي التحرير[١] والنافع[٢]: ﴿من الأصحاب من أوجب الشفعة في العبد﴾ من المنقول خاصّة ﴿دون غيره من الحيوان﴾ فضلاً عن غيره.

إلّا أنّا لا نعرفه كما اعترف به الشهيد[٣] وغيره[٤]، نعم قد سمعت[٥] من الفاضل في المختلف اختياره؛ لصحيحي المملوك السابقين[٦] ونفي الشفعة في الحيوان في أحدهما وفي غيرهما من النصوص[٧].

↑ ج ٣٧ / ٢٥٠

لكن ـ مع أنّه قول لم نعرف من وافقه عليه لا ممّن تقدّمه ولا ممّن تأخّر عنه، بل قد عرفت[٨] ما في خبر الفقيه المشتمل على نفيها في الحيوان مع التعدّد، وبه يجمع بين النصوص، فالمتّجه حينئذٍ: عدم الفرق بين المملوك وغيره من أصناف الحيوان ـ إلّا أنّك قد عرفت ما يدلّ على عدم جريانها في مطلق المنقول حيوان وغيره على وجهٍ لا تقاومه النصوص المزبورة بحيث يقيّد بها، وكذا مرسل يونس السابق[٩]

---

(١) تحرير الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٤ ص ٥٥٧.

(٢) المختصر النافع: كتاب الشفعة ص ٢٤٩.

(٣) غاية المراد: الشفعة / في الشرائط ج ٢ ص ١٥١.

(٤) كالمقداد في التنقيح: الشفعة / ما تثبت فيه ج ٤ ص ٨١، والطباطبائي في الرياض: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٤ ص ٥٩.

(٥) في ص ٣٧٠.

(٦) في ص ٣٦٨.

(٧) تقدّمت الإشارة إلى بعضها في ص ٣٦٧ و٣٧١.

(٨) في ص ٣٦٧.

(٩) في ص ٣٦٧.

وغيره ممّا سمعت.

ولا أقلّ من حصول الشكّ بعد تصادم المرجّحات جميعها والأدلّة كذلك حتّى المطلقات، فيتّجه الرجوع إلى الأصل الذي مقتضاه عدم ثبوت الشفعة في غير محلّ اليقين، كما سمعت الكلام فيه سابقاً.

بل من ملاحظة الأصل المزبور يرجح حينئذٍ اعتبار قابليّة القسمة في محلّ الشفعة ﴿و﴾ إن قال المصنّف: ﴿في ثبوتها في النهر والطريق والحمّام و﴾ نحوها مـ﴿ـمّا يضرّ[1] قسمته تردّد﴾.

لكن ﴿أشبهه﴾ بأُصول المذهب وقواعده التي قد سمعتها: ﴿أنّها لا تثبت﴾ وفاقاً للشيخ[2] وسلّار[3] وابني حمزة[4] والبرّاج[5] والفاضل[6] وولده[7] والشهيد[8] وأبي العبّاس[9] والمقداد[10] والكركي[11] وثاني

---

(١) في نسخة الشرائع: تضرّ.

(٢) الخلاف: الشفعة / مسألة ١٦ ج ٣ ص ٤٤١، المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٩.

(٣) المراسم: أحكام الشفعة ص ١٨٣.

(٤) الوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٨.

(٥) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٨.

(٦) تحرير الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٤ ص ٥٥٨، قواعد الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ٢٤٣، إرشاد الأذهان: الشفعة / في الشرائط ج ١ ص ٣٨٥، تبصرة المتعلّمين: المتاجر / في الشفعة ص ٩٨.

(٧) إيضاح الفوائد: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ١٩٩.

(٨) غاية المراد: الشفعة / في الشرائط ج ٢ ص ١٥٤ ـ ١٥٥.

(٩) المهذّب البارع: الشفعة / ما تثبت فيه ج ٤ ص ٢٦٤ ـ ٢٦٥.

(١٠) التنقيح الرائع: الشفعة / ما تثبت فيه ج ٤ ص ٨٢.

(١١) جامع المقاصد: الشفعة / في المحلّ ج ٦ ص ٣٥٣.

الشهيدين[١] على ما حكي عن بعضهم، بل لعلّه ظاهر ما سمعته[٢] من الصدوقين بل وابن أبي عقيل، بل عن بعض: نسبته إلى أكثر المتأخّرين[٣]، بل عن التذكرة: نسبته إلى أكثر علمائنا[٤]، بل في المسالك: «هو المشهور خصوصاً بين المتأخّرين»[٥]، بل في الدروس: «عليه المتأخّرون»[٦].

فمن الغريب ما عن المحدّث البحراني من الإنكار على الفاضل نسبته إلى أكثر علمائنا ـ قائلاً: إنّ الشهرة إنّما وقعت بعد العلّامة[٧] ـ إذ لا يخفى عليك ما فيه.

ج ٣٧ / ٢٥١

على أنّه لم يحك الخلاف في ذلك إلّا عن المفيد[٨] والمرتضى[٩] وابني زهرة[١٠] وإدريس[١١] وأبي علي[١٢] والقاضي[١٣]، ولا سابع لهم،

(١) الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٣٩٨.

(٢) في ص ٣٦٩ ـ ٣٧٠.

(٣) جامع المقاصد: (تقدّم المصدر آنفاً).

(٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في المحلّ ج ١٢ ص ٢٠٣.

(٥) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٢ ص ٢٦٥.

(٦) ما هنا مطابق لنقل مفتاح الكرامة: (ج ١٨ ص ٤٣١)، والموجود في الدروس نقل الشهرة، انظر الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٦.

(٧) الحدائق الناضرة: الشفعة / في الشروط ج ٢٠ ص ٣٠٦.

(٨) سيأتي أنّ «المقنعة» خالية من ذلك، وقد نقله عنه في إيضاح الفوائد: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ١٩٩.

(٩) الانتصار: مسألة ٢٥٦ ص ٤٤٨.

(١٠) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٦.

(١١) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٩ و ٣٩٠.

(١٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٢.

(١٣) تقدّم المصدر من «المهذّب» وأنّه موافق للمشهور، ولعلّه ذكره في كتابه «الكامل» ←

على أنّ مقنعة الأوّل خالية عن التعرّض لخصوص ذلك، نعم فيها تعميم لكلّ مبيع مشاع[١]، والمحكي عن مهذّب الأخير منهم الوفاق للمشهور[٢].

وعلى كلّ حال، فيدلّ على الأوّل: ـ مضافاً إلى الأصل المزبور ـ ما سمعته[٣] من النصوص المشتملة على نفيها في النهر والطريق والرحى والحمّام، بعد الإجماع على تقييده بغير القابل للقسمة إن لم يكن ذلك هو المنساق منه، بل لعلّ المنساق منه ـ ولو بضميمة ما عرفت ـ كون ذلك مثالاً لكلّ ما هو غير قابل لها من الأراضي.

واحتمال حمله على التقيّة، يدفعه: أنّ المحكي عن أبي حنيفة وأصحابه وابن شريح[٤] والثوري ومالك في إحدى الروايتين: ثبوت الشفعة في ذلك[٥]، نحو ما سمعته من المرتضى، وهم أولى بالتقيّة من غيرهم.

بل عن الخلاف[٦]: الاستدلال على ذلك بخبر جابر ـ العامّي ـ عن

← كما احتمله في مفتاح الكرامة: (ج ١٨ ص ٤٣٢)، وقد وقع النقل لهذا القول عن القاضي في إيضاح الفوائد: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ١٩٩.

(١) المقنعة: كتاب الشفعة ص ٦١٨.

(٢) الهامش قبل السابق.

(٣) في ص ٣٧١، وانظر وسائل الشيعة: باب ٨ من كتاب الشفعة ج ٢٥ ص ٤٠٤.

(٤) في المصدر: ابن سريج.

(٥) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٦٥ ـ ٤٦٦، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٦٩، حلية العلماء: ج ٥ ص ٢٦٨.

(٦) الخلاف: الشفعة / مسألة ١٦ ج ٣ ص ٤٤١ ـ ٤٤٢.

النبيّ صلى الله عليه وآله : «إنّما جعلت الشفعة فيما لم يقسّم»[١] باعتبار أنّ «لم» لا تدخل إلّا على ما يمكن قسمته ويصحّ اتّصافه بها ولو وقتاً؛ ولهذا يصحّ أن يقال: السيف لا يقسّم، ولا يقال: لم يقسّم، فالنفي بها حينئذٍ بمعنى عدم الملكة لا بمعنى السلب.

قلت: لعلّ الاستدلال به باعتبار كون المنفي بها وصفاً أو صلةً للمقسوم، وإلّا فالنفي بها على غير الوجه المزبور موجود في المروي من طرقنا، كقول أحدهما عليهما السلام في مرسل جميل: «الشفعة لكلّ شريك لم تقاسمه»[٢]، وقولهم عليهم السلام في عدّة أخبار: «الشفعة لا تكون إلّا لشريك لم تقاسمه»[٣].

ج ٣٧ ٢٥٢

بل قد يقال: بظهوره أيضاً في ذلك لكن لا من حيث خصوص النفي بـ«لم»، بل من حيث قوله: «يقاسمه» و«لا يقاسمه» في ذلك أيضاً، خصوصاً مع قوله صلى الله عليه وآله في أحدهما أيضاً: «إذا أُرّفت الأُرف وحدّدت الحدود فلا شفعة»[٤] في ذلك أيضاً.

بل وإلى إشعار قوله صلى الله عليه وآله في الخبر المزبور: «لا ضرر ولا ضرار»[٥] بناءً على أنّ المراد بذلك من حيث احتمال طلب الشريك الحادث القسمة المحتاجة إلى مؤونة، كما عساه يشهد لذلك قوله صلى الله عليه وآله : «إذا

---

(١) سنن أبي داود: ح ٣٥١٤ ج ٣ ص ٢٨٥، سنن الدارقطني: ح ٩٩ ج ٤ ص ٢٣٢، المصنّف (لعبد الرزّاق): ح ١٤٣٩١ ج ٨ ص ٧٩، سنن ابن ماجة: ح ٢٤٩٩ ج ٢ ص ٨٣٤.

(٢ و٣) تقدّما في ص ٣٧١ ـ ٣٧٢.

(٤ و٥) تقدّم في ص ٣٦٩.

أُرّفت . . .» إلى آخره .

وإن كان قد يناقش : باحتمال كونه تجدّد الشركة وسوء الشريك ، بل لعلّه أظهر؛ وذلك لأنّ الشفعة إنّما تثبت بانتقال الملك عن الشريك إلى المشتري ، فلابدّ أن يكون الضرر ـ الذي تناط به الشفعة في ظاهر النصّ وكلام الأصحاب ـ ناشئاً من جهته ، وضرر طلب المشتري القسمة ليس ضرراً ناشئاً منه؛ لسبقه على الانتقال وثبوته للشريك على كلّ حال ، فضرر طلب القسمة لازم على كلّ تقدير ، بل هو من لوازم الشركة فيما يقبل القسمة ، فلا يمكن أن يكون مثله الضرر الذي تناط به الشفعة .

بل المراد : أنّ نفوذ سلطنة الشريك على بيع نصيبه على أيّ حال ضرر على شريكه ، كما أنّ منعه منه ضرر أيضاً ، فاللازم من ذلك أحقّيّة الشريك من غيره إذا بذل ما بذل غيره ، وهذا لا يختلف فيه القابل للقسمة وغيره .

نعم ، أقصى ذلك أنّه حكمة لا يجب اطّرادها ، وأقصاها الإطلاق أو العموم المقيّد أو المخصّص بما سمعت . ↑ ج ٣٧ / ٢٥٣

وأمّا مرسل يونس وإجماع المرتضى فقد عرفت الحال فيهما سابقاً[1] ، بل ممّا سمعته هنا يزداد ذلك فيهما ، وبعد التنزّل والقول بتصادم المرجّحات والأدلّة ـ حتّى مطلقها ـ فالأصل المزبور باقٍ بحاله ، ومقتضاه عدم الشفعة في ذلك .

---

(١) في ص ٣٧٣.

بل ربّما قيل[١]: إنّه يشكّ في أصل دخول الحمّام والطاحونة وغيرهما في مرسل الكافي[٢] النافي للشفعة في غير الأرضين والمساكن؛ باعتبار اقتضاء المقابلة فيه إرادة الأرض الخالية عن البناء.

وإن كان هو كما ترى، خصوصاً في مثل الحمّام والطريق والدكّان المعلوم ثبوت الشفعة فيها مع فرض قبول القسمة كما ستعرف؛ والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، ففي المتن: ﴿نعني بالضرر﴾ المانع عن الإجبار على القسمة ﴿أن لا ينتفع به بعد قسمته﴾ بل في المسالك: «لضيقه، أو لقلّة النصيب، أو لأنّ أجزاءه غير منتفع بها كالأمثلة المذكورة إذا كانت بالغة في الصغر هذا الحدّ، فلو بقي للسهم بعد القسمة نفعٌ مّا ثبتت الشفعة...»[٣] إلى آخره، وحينئذٍ ﴿فالمتضرّر لا يجبر على القسمة﴾ بخلاف الآخر.

قلت: قد حقّقنا ذلك في بحث القسمة[٤] على وجهٍ يعلم منه فساد تخصيص الضرر بذلك، بل هو أعمّ منه ومن نقص القيمة الفاحش، فلاحظ وتأمّل.

بل قد يتوقّف في منع الضرر إذا كان من حيث قلّة النصيب لا من

---

(١) كما في مفتاح الكرامة: الشفعة / في المحلّ ج ١٨ ص ٤٣٢ ـ ٤٣٣.

(٢) تقدّم في ص ٣٧١.

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٢ ص ٢٦٦.

(٤) في ج ٢٧ ص ٦٢١... وج ٤١ ص ٤٩٠...

حيث نفس القسمة، وإن كان لا يخلو من وجه، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٢٥٤

﴿ولو كان الحمّام أو الطريق أو النهر ممّا لا يبطل[1]﴾ أصل ﴿منفعته بعد القسمة﴾ وإن لم تكن المنفعة السابقة، بناءً على ما سمعته من المصنّف في تحديد الضرر المانع من الإجبار ﴿اُجبر الممتنع وتثبت الشفعة﴾.

أمّا إذا قلنا: إنّه عدم إمكان الانتفاع به على الوجه السابق، أو عدم النقص الفاحش بالقيمة، فلابدّ من فرض عدمه على كلّ منهما في ثبوت الشفعة حينئذٍ؛ ضرورة توقّف قابليّته للقسمة ـ على وجهٍ يتحقّق فيه الإجبار ـ على ذلك، والفرض أنّه عنوان الشفعة.

وحينئذٍ فلو كان أحد المذكورات ضيّقاً بحيث لا يمكن الانتفاع به بعد القسمة لا في الوجه السابق ولا في غيره، أو تنقص قيمته نقصاناً فاحشاً، لم تثبت فيه الشفعة على التقادير الثلاثة بناءً على اعتبار قابليّة القسمة فيها.

أمّا مع السعة بحيث يمكن الانتفاع به على الوجه السابق بعد قسمته ولا تنقص قيمته تثبت الشفعة، كما لو كان الحمّام واسعاً بحيث يسلم لكلّ من الشريكين حمّام، وكذا الطريق والنهر، بل والبئر إذا فرض سعتها على وجهٍ يمكن أن تبنى فتجعل بئرين لكلّ واحد منهما بياض يقف فيه ويرتفق به، فلا إشكال حينئذٍ في ثبوت الشفعة؛ لتحقّق قابليّة

---

(١) في نسخة المسالك: لا تبطل.

القسمة حينئذٍ.

بل في القواعد[١] والدروس[٢] ومحكيّ المبسوط[٣] والتحرير[٤]: ﴿وكذا لو كان مع البئر بياض أرض﴾ مزرع مثلاً، وأمكن التعديل ﴿بحيث يسلم[٥] البئر لأحدهما﴾ والبياض لآخر وإن لم ينتفع به على الوجه السابق ولكن له منفعة أُخرى بناءً على ما ذكره المصنّف في الضرر، كما عن التذكرة التصريح بذلك[٦]؛ ضرورة تحقّق قابليّته القسمة على ذلك. نعم، لو قلنا باعتبار بقاء المنفعة السابقة لم تثبت الشفعة، إلّا أن يفرض بقاء قابليّة الأرض للزراعة بمطر أو بماء آخر غيره.

↑ ج ٣٧ / ٢٥٥

وكذا الكلام في غيره من بيت الرحى ونحوه، بل ينبغي القطع به لو فرض كون الرحى المشتركة أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كلّ منهما بحجرين، كما في القواعد[٧] ومحكيّ المبسوط[٨] والتذكرة[٩] والتحرير[١٠] وجامع المقاصد[١١] التصريح به لو فرض سعة بيت الرحى

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ٢٤٣.
(٢) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٧.
(٣) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٠.
(٤) تحرير الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٤ ص ٥٥٨.
(٥) في نسختي الشرائع والمسالك: تسلم.
(٦) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في المحلّ ج ١٢ ص ٢٠٥ و٢٠٦.
(٧) قواعد الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ٢٤٣.
(٨) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢١.
(٩) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في المحلّ ج ١٢ ص ٢٠٦.
(١٠) تحرير الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٤ ص ٥٥٨.
(١١) جامع المقاصد: الشفعة / في المحلّ ج ٦ ص ٣٥٥.

بحيث يمكن جعله موازناً لما فيه المرافق مع سلامتها أو لما فيه الرحى، أو كان موضع الحجر في الرحى واحداً لكن لها بيت يصلح لغرض آخر وأمكنت القسمة؛ بأن يجعل موضع الحجر لواحد وذلك البيت لآخر؛ ليتحقّق الانتفاع لكلّ منهما ـ على الوجه الذي اعتبره المصنّف ـ تحقّقت الشفعة؛ لنحو ما سمعته في البئر.

لكن في الدروس: «لو اشتملت الأرض على بئر لا يمكن قسمتها، وأمكن أن تسلم البئر لأحدهما مع قسمة الأرض، تثبت الشفعة في الجميع. قيل: وكذا لو أمكن جعل أكثر بيت الرحى موازناً[1] لما فيه الرحى، ويلزم منه أنّه لو اشتملت الأرض على حمّام أو بيت ضيّقين وأمكن سلامة الحمّام أو البيت لأحدهما أمكن أن تثبت. وعندي فيه نظر؛ للشكّ في وجوب قسمة ما هذا شأنه»[2].

قلت: وفيه: أنّه لا فرق بينه وبين ما ذكره من البئر والأرض الذي جزم به، ولعلّه يريد النظر في الجميع. وأمّا تحقيق حال وجوب قسمة مثل ذلك فقد ذكرناه في كتاب القسمة في القضاء[3]، فلاحظ وتأمّل.

ثمّ المراد بالشفعة في الرحى: إذا بيعت مع الأرض المثبتة فيها، وكذا البئر، على نحو ما سمعته في البناء والغرس، والله العالم.

---

(١) في المصدر بدلها: موازياً.

(٢) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٧.

(٣) في ج ٤١ ص ٤٨٩.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿في دخول الدولاب والناعورة في الشفعة إذا بيعا[1] مع الأرض تردّد﴾ ونظر كما في القواعد[2] ﴿إذ ليس من عادته أن ينقل﴾ فيتبع الأرض، ومن أنّهما منقولان في أنفسهما.

ج ٣٧ / ٢٥٦

ولكنّ الأصحّ ثبوتها كما في التحرير[3] والإيضاح[4] والدروس[5] وجامع المقاصد[6] وغيرها[7] على ما حكي عن بعضها؛ لتناول اسم الدار والحمّام والبستان له إذا كان من جملة المرافق، كتناولها للأبواب المثبتة عادةً مع قبولها للنقل عادةً.

بل لو قلنا بعدم دخولها في الاسم أمكن القول بتبعيّتها؛ لنحو ما سمعته في الجدار والحمّام والرحى ونحوها. وحينئذٍ فما عن التذكرة: من أنّ الأقرب عدم الدخول[8] لا يخلو من نظر.

نعم، لو بيعا منفردين لم يكن شفعة بلا خلاف ولا إشكال بين القائلين بعدم ثبوتها في المنقول.

كما لا خلاف ﴿و﴾ لا إشكال بينهم في أنّه ﴿لا تدخل الحبال التي

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: بيع.
(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ٢٤٢.
(٣) تحرير الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٤ ص ٥٥٨.
(٤) إيضاح الفوائد: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ١٩٨.
(٥) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٦.
(٦) جامع المقاصد: الشفعة / في المحلّ ج ٦ ص ٣٤٥.
(٧) كفاية المرام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ٤ ص ١٠٤، ومسالك الأفهام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٢ ص ٢٦٨.
(٨) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في المحلّ ج ١٢ ص ١٩٨.

تركّب عليها الدلاء في الشفعة﴾ لأنّها من المنقول كالدلاء بنفسها ﴿إلّا على القول بعموم الشفعة في المبيعات﴾ .

بل لا خلاف بينهم أيضاً إلّا ما تسمعه من الشيخ في المبسوط منهم ﴿و﴾ لا إشكال في أنّه ﴿لا تثبت الشفعة في الثمرة﴾ مؤبّرة كانت أو لا ﴿وإن بيعت على رؤوس النخل أو[1] الشجر منضمّة إلى الأصل و﴾ إلى ﴿الأرض﴾ لأنّها قد صارت من المنقول؛ إذ لا يراد دوامها، وإنّما لها أمد معيّن ينتظر، فليست هي من التوابع الثابتة ولا داخلة في مفهوم البستان، ولذا لا تدخل في بيع الأصل بعد ظهورها.

خلافاً لما عن المبسوط من الثبوت فيها وفي الزرع[2]، وهو المحكي عن أبي حنيفة ومالك[3]. وضعفه واضح.

ولا شفعة في الأرض المقسومة عندنا إلّا ما يحكى عن العماني منّا[4]، ويمكن دعوى أنّه مسبوق بالإجماع وملحوق به، مضافاً إلى الأصل والنصوص المستفيضة أو المتواترة المرويّة من طريقي العامّة[5]

↑ ج ٣٧ / ٢٥٧

(١) في نسخة الشرائع: و.

(٢) كلام المبسوط مختلف ههنا؛ فصرّح في موضع منه بعدم الشفعة في الثمار والزروع، وفي موضع آخر منه صرّح بالثبوت في مورد ثمرة النخل، انظر المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٠٧ و١١٨ ـ ١١٩.

(٣) حلية العلماء: ج ٥ ص ٢٦٥، بدائع الصنائع: ج ٥ ص ٢٧ ـ ٢٨، المدوّنة الكبرى: ج ٥ ص ٤٢٧، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٦٤، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٧١.

(٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٠.

(٥) سنن أبي داود: ح ٣٥١٤ و٣٥١٥ ج ٣ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦، سنن البيهقي: ج ٦ ص ١٠٢...

﴿و﴾ الخاصّة، التي منها ما مرّ: «لا شفعة إلّا لشريك لم تقاسمه»[١].

نعم ﴿تثبت﴾ الشفعة ﴿في الأرض المقسومة بالاشتراك في الطريق أو الشرب﴾ كبئر ونهر ﴿إذا بيع معها﴾ بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم[٢]، بل في محكيّ الخلاف: الإجماع عليه[٣]، وإن كان قد اقتصر على الطريق ـ كالمقنع[٤] والمهذّب[٥] والوسيلة[٦] ـ تبعاً لما تسمعه من النصّ، وإلّا فأكثر الفتاوى على عدم الفرق بينه وبين النهر والساقية، وفي بعضها التعبير بالشرب[٧]، بل في آخر التصريح بالبئر[٨]، لكن ستسمع[٩] الإشكال فيه من الفاضل، نعم ظاهرهم الاتّفاق على عدم الفرق بين الدار والبستان.

والأصل في ذلك: ـ مضافاً إلى الاستصحاب في بعض الأفراد، وعدم تماميّة القسمة للاشتراك في الطريق مثلاً ـ حسن منصور بن

---

(١) تقدّمت في ص ٣٧١ ـ ٣٧٢.

(٢) كالكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٩٢٦ ج ٣ ص ٧٧ ـ ٧٨، والطباطبائي في الرياض: الشفعة / في الشفيع ج ١٤ ص ٧١.

(٣) الخلاف: الشفعة / مسألة ٣ ج ٣ ص ٤٢٧ و٤٢٩.

(٤) المقنع: باب الشفعة ص ٤٠٦.

(٥) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٤.

(٦) الوسيلة: بيان الشفعة ص ٢٥٨.

(٧) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١، إصباح الشيعة: كتاب الشفعة ص ٢٥٣، الجامع للشرائع: باب الشفعة ص ٢٧٧.

(٨) العزيز: ج ٥ ص ٤٩٠، روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٤٨.

(٩) في ص ٤٠١ ـ ٤٠٢.

حازم بإبراهيم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن دار فيها دور، وطريقهم واحد في عرصته، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال: إن كان باع الدار وحوّل بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة»(١).

وقريب منه ما يحكى عن الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام(٢).

وربّما أُيّد(٣) أيضاً بحسنه الآخر بالكاهلي ـ بل وسمه غير واحد بالصحّة(٤)، ولعلّه كذلك ـ: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: دار بين قوم اقتسموها، فأخذ كلّ واحد منهم قطعة فبناها، وتركوا بينهم ساحة فيها ممرّهم، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم، أله ذلك؟ قال: نعم، ولكن يسدّ بابه ويفتح باباً إلى الطريق، أو ينزل من فوق السطح ويسدّ بابه، فإن أراد صاحب الطريق بيعه فإنّهم أحقّ به، وإلّا فهو طريقه يجيء حتّى يجلس على ذلك الباب»(٥).

↑ ج ٣٧ / ٢٥٨

---

(١) الكافي: المعيشة / باب الشفعة ح ٢ ج ٥ ص ٢٨٠، تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٤ الشفعة ح ٨ ج ٧ ص ١٦٥، وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الشفعة ح ١ ج ٢٥ ص ٣٩٨.

(٢) فقه الرضا عليه السلام: باب ٤٠ الشفعة ص ٢٦٥، مستدرك الوسائل: باب ٤ من كتاب الشفعة ح ٢ ج ١٧ ص ٩٩.

(٣) كما في تذكرة الفقهاء: الشفعة / في الآخذ ج ١٢ ص ٢١٠.

(٤) تذكرة الفقهاء: (المصدر السابق)، جامع المقاصد: الشفعة / في المحلّ ج ٦ ص ٣٤٨، مسالك الأفهام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٢ ص ٢٧٠.

(٥) الكافي: المعيشة / باب الشفعة ح ٩ ج ٥ ص ٢٨١، تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٤ الشفعة ح ٩ ج ٧ ص ١٦٥، وسائل الشيعة: باب ٤ من كتاب الشفعة ح ٢ ج ٢٥ ص ٣٩٩.

ونحوه الموثّق[١].

ولكن لا تعرّض فيهما لبيع الدار مع الممرّ كما هو محلّ البحث، بل ظاهرهما ثبوت الشفعة في الطريق خاصّة، فالدليل حينئذٍ منحصر في الأوّل الذي ظاهر ترك الاستفصال فيه عدم الفرق بين كون الدار مقسومة بعد أن كانت مشتركة أو منفردة من أصلها، كما صرّح به في التذكرة[٢] والمسالك[٣] والروضة[٤] والكفاية[٥] والرياض[٦].

بل قيل: «إنّه ظاهر المقنع والنهاية والمبسوط والخلاف والمهذّب وفقه الراوندي والغنية والسرائر والتبصرة والمفاتيح»[٧].

بل لعلّه مراد الجميع وإن فرض الحكم في الأرض المقسومة مع الاشتراك في الطريق في المتن والوسيلة[٨] والنافع[٩] والقواعد[١٠] والتحرير في موضع منه[١١] والإرشاد[١٢]

---

(١) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢٠ ص ١٦٧، و«الوسائل»: ح ٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في الآخذ ج ١٢ ص ٢١٠ ـ ٢١٢ (له عبائر يستفاد منها ذلك).

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٢ ص ٢٧١.

(٤) الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٣٩٨.

(٥) كفاية الأحكام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١ ص ٥٤٢.

(٦) رياض المسائل: الشفعة / في الشفيع ج ١٤ ص ٧٣.

(٧) مفتاح الكرامة: الشفعة / في المحلّ ج ١٨ ص ٤٢٥ ـ ٤٢٦.

(٨) الوسيلة: بيان الشفعة ص ٢٥٨.

(٩) المختصر النافع: كتاب الشفعة ص ٢٥٠.

(١٠) قواعد الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ٢٤٢ ـ ٢٤٣.

(١١) تحرير الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٤ ص ٥٥٨.

(١٢) إرشاد الأذهان: الشفعة / في الشرائط ج ١ ص ٣٨٥.

والمختلف[١] والدروس[٢] واللمعة[٣] كما حكي عن بعضها.

لكن في جامع المقاصد: «أنّه الذي يقتضيه صحيح النظر؛ لأنّ ضمّ غير المشفوع إلى المشفوع لا يوجب ثبوت الشفعة في غير المشفوع اتّفاقاً، والمبيع الذي لا شركة فيه في الحال ولا في الأصل ليس من متعلّقات الشفعة؛ إذ لو بيع وحده لا[٤] تثبت فيه شفعة بحال، وإثباتها لا يكون إلّا لمحض الجواز[٥]، فإذا ضمّ إلى المشترك وجب أن يكون بحكمه كذلك. ولعموم قوله عليه السلام: (لا شفعة إلّا لشريك غير مقاسم...)[٦]، ولا شركة هنا لا في الحال ولا في الأصل، ولخبر أبي العبّاس: (الشفعة لا تكون إلّا لشريك)[٧]، وفي معناها نصوص البصري[٨] وهارون[٩] وعبد الله بن سنان[١٠] والسكوني[١١]، وكلّها حجّة على عدم ثبوت الشفعة في الدار الغير المشترك إذا كان الطريق

↑ ج ٣٧ / ٢٥٩

(١) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٣١ ـ ٣٣٢.

(٢) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٧.

(٣) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الشفعة ص ١٦٩.

(٤) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة للمصدر ـ بدلها: لم.

(٥) في المصدر بدلها: الجوار.

(٦) تقدّم في ص ٣٧١ و٣٧٢.

(٧) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٤ الشفعة ح ٢ ج ٧ ص ١٦٤، وسائل الشيعة: باب ١ من كتاب الشفعة ح ١ ج ٢٥ ص ٣٩٥.

(٨) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٣، و«الوسائل»: ح ٢.

(٩) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(١٠ و١١) تقدّما في ص ٣٧١.

مشتركاً»[١].

وهو كما ترى؛ ضرورة كونه كالاجتهاد في مقابل إطلاق الدليل المزبور الحاكم على إطلاق النصوص المزبورة الظاهر في اعتبار الشركة فعلاً المعلوم عدم اعتباره في الفرض؛ للنصّ المزبور المعمول به بين الأصحاب وإن خالف إطلاق تلك الأخبار المزبورة.

على أنّه لا فرق بين المقسوم وغيره في عدم ثبوت الشفعة فيه لولا النصّ المزبور.

وكأنّ مقصوده الاقتصار فيما خالف الأصل وإطلاق الأدلّة على المتيقّن وهو المقسوم. وفيه: أنّه لا فرق بينه وبين الظاهر في الحجّيّة.

ولعلّه لذا ونحوه تعجّب منه في المسالك، قال: «وأمّا معارضة روايتي منصور الصحيحة[٢] والحسنة[٣] بتلك الأخبار الدالّة على اعتبار الشركة وترجيح تلك بالكثرة وموافقتها للأصل فعجيب؛ لأنّ مدلولها ـ على تقدير قطع النظر عن سندها ـ اعتبار الشركة بالفعل كما ذكرناه، ورواية منصور دلّت على الاكتفاء بالشركة في الطريق، فهي خاصّة وتلك عامّة، فيجمع بينهما بتخصيص العامّ بما عدا ذلك»[٤]. وهو في محلّه.

واحتمال: كونه مع الشركة في الأصل أنّه لا يحتاج إلى التخصيص؛

---

(١) جامع المقاصد: الشفعة / في المحلّ ج ٦ ص ٣٥١ ـ ٣٥٢.

(٢ و٣) تقدّمتا في ص ٣٩٢ ـ ٣٩٣.

(٤) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٢ ص ٢٧٢ ـ ٢٧٣.

باعتبار صدق الشركة مع عدم القسمة ولو في الطريق أو الشرب، بخلاف ما إذا لم يكن شركة في الأصل.

↑ ج ٣٧ / ٢٦٠

يدفعه: ظهور الأدلّة في إرادة الشركة في نفس المشفوع لا في بعضه؛ وإلّا لكفى حينئذٍ عن الطريق برأس الجدار ونحوه ممّا هو معلوم عدمه.

فلا محيص حينئذٍ عن القول بأنّ سبب ثبوت الشفعة في الفرض لدليل خاصّ غير سبب الشفعة المعهود الذي هو الاشتراك مع عدم القسمة.

بل ظاهر الصحيح المزبور: عدم اعتبار كون الطريق قابلاً للقسمة ـ لو بيع مع الدار ـ في ثبوت الشفعة فيهما، وإن اعتبرنا ذلك لو بيع بانفراده كما عرفته سابقاً.

ولعلّ ذلك لما قيل[1]: من الاكتفاء بقبول القسمة في المجموع لا لأبعاضه، أو لأنّ هذه القابليّة كعدمها؛ ضرورة كون الشيء مقسوماً، فلا مدخل لقابليّته وعدمها.

إلّا أنّه كما ترى لا يخلو من غبار، ولكنّ العمدة في ثبوت الحكم المزبور الصحيح المذكور الذي بإطلاقه يقتضي عدم اعتبار ذلك، وبعد كونه صحيحاً وأُطلقت الفتوى بمضمونه يتّجه الخروج به عن كلّ ما يقتضي عدمها في ذلك.

---

(١) كما في مفتاح الكرامة: الشفعة / في المحلّ ج ١٨ ص ٤٢٧.

فما عساه يظهر من الدروس من اعتبار ذلك، قال: «ولا مع القسمة إلّا مع الاشتراك في الطريق والنهر اللذين يقبلان القسمة على الخلاف»[١] في غير محلّه، وإن كان وجهه: الاقتصار على المتيقّن في تبعيّة الدار للطريق الثابتة فيه الشفعة.

وفيه: ما عرفت من أنّ الظاهر كالمتيقّن في الحجّيّة، بل قد عرفت أيضاً أنّ مقتضى إطلاق الحسن المزبور ثبوت الشفعة للاشتراك في الطريق، لا للشفعة فيه، وكأنّه قسم آخر ممّا أثبت الشارع فيه الشفعة، هذا.

وفي التذكرة: «الأقرب عندي: أنّ الطريق إن كان ممّا يمكن قسمته، والشريك واحد، وبيع مع الدار المختصّة بالبائع صفقةً، فللشريك الآخر أخذ الطريق خاصّة إن شاء، وإن شاء أخذ الجميع. وإن لم يمكن قسمته لم يكن له أخذه خاصّة، بل إمّا أن يأخذ الجميع أو يترك»[٢].

↑ ج ٣٧ / ٢٦١

وهو وإن كان صريحاً فيما ذكرناه من عدم اعتبار قابليّته القسمة في الطريق في ثبوت الشفعة في الدار مثلاً، لكن قد يناقش: بأنّ المجموع إمّا أن يكون متعلّق الشفعة أو لا، فإن كان الأوّل وجب أن يأخذ الجميع أو يترك وليس له تبعيض الصفقة، وإن كان الثاني لم يثبت له شفعة في

---

(١) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٧.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في الآخذ ج ١٢ ص ٢١١ ـ ٢١٢.

غير الطريق، ولا فيه إلّا إذا كان واسعاً قابلاً للقسمة.

وربّما أُجيب[1]: بأنّ هذا منه بناءً على المشهور المعروف بينهم من أنّه ليس للشفيع أخذ البعض وترك البعض، بل إمّا أن يأخذ الجميع أو يترك.

وفيه: أنّ ذلك لا يقتضي التفصيل المزبور، مضافاً إلى ما قيل[2] من أنّ هذا الشرط ترك ذكره فيما يقرب من عشرين كتاباً، ولا دليل عليه يصحّ الاستناد إليه.

وإن كان قد يقال: إنّه يكفي في الدليل أنّ ذلك هو المتيقّن من دليل الشفعة المخالفة للأصل، التي مبنى ثبوتها على رفع الضرر، فلا وجه لمشروعيّتها معه؛ فإنّ التبعيض ضرر خصوصاً في بعض الأفراد، ولا يزال الضرر بالضرر. بل ينبغي الجزم بعدمها في مثل الفرض إذا فرض عدم طريق للمشتري إلّا الطريق المخصوص الذي يريد أن يشفع فيه الشفيع، وقابليّته للقسمة غير مجدٍ بعد فرض أخذ الشفيع له أجمع وبقاء الدار بلا طريق.

ولعلّه لذا جزم الشافعيّة بعدم الشفعة هنا في الطريق وإن كان قابلاً للقسمة، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك، فإنّهم جزموا بالشفعة في الطريق حينئذٍ دون الدار لعدم الشركة فيها[3]، وإن عرفت أنّه مخالف لما عندنا

---

(١) كما في مفتاح الكرامة: الشفعة / في المحلّ ج ١٨ ص ٤٢٨.

(٢) المصدر السابق.

(٣) روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٤٩، حلية العلماء: ج ٥ ص ٢٦٩.

↑ من ثبوت الشفعة فيهما.

ج ٣٧ / ٢٦٢ ومن ذلك كلّه يظهر لك: أنّه لا فرق في ثبوت الشفعة بين قابليّة الطريق للقسمة وعدمها؛ لإطلاق الدليل، وأنّ الشفيع على كلّ حال إمّا أن يأخذ الجميع أو يترك كما سمعته من المشهور. ودعوى ثبوت شفعتين مع سعة الطريق أصليّة وتبعيّة ـ بخلاف ما إذا لم يكن واسعاً فإنّه شفعة واحدة في المجموع ـ خالية عن الدليل، بل ظاهر الأدلّة خلافها، فتأمّل جيّداً، هذا.

وربّما ظهر ممّا سمعته من التذكرة من وحدة الشريك اعتبار ذلك في صحّة الشفعة في الفرض بناءً على عدم ثبوتها في الكثرة، ولعلّه كذلك وإن تردّد فيه بعض المعاصرين[١]، لكنّه في غير محلّه؛ لما تسمعه من الأدلّة في اعتبار ذلك في الشفعة من غير فرق بين الفرض وغيره.

ودعوى ظهور سؤال الصحيح المزبور في التعدّد ـ مضافاً إلى معروفيّة ذلك في الطرق المرفوعة ـ واضحة الفساد؛ إذ يمكن أن يكون ترك التعرّض للسؤال المزبور للتقيّة كما في غيره من النصوص الظاهرة في ذلك، أو على المجاز جمعاً بينه وبين ما دلّ على عدمها مع الكثرة، وتعارف التعدّد في الطرق المرفوعة لا يقتضي ثبوت الشفعة فيها، كما هو واضح.

واحتمال خروج الفرض بخصوصه عن حكم الكثرة، في غاية

---

(١) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الشفعة / في المحلّ ج ١٨ ص ٤٢٩.

البعد، خصوصاً بعد إطلاق الأصحاب من دون إشارة إلى استثنائه كما ستعرف، والله العالم.

هذا كلّه في بيع الأرض مع الطريق أو الشرب.

﴿و﴾ أمّا ﴿لو اُفردت الأرض المقسومة بالبيع لم تثبت الشفعة في الأرض﴾ بلا خلاف ولا إشكال، مضافاً إلى الصحيح ﴿و﴾ الموثّق المزبورين[١].

نعم ﴿تثبت في الطريق أو الشرب إن﴾ بيعا و﴿كان﴾ كلّ منهما ﴿واسعاً يمكن قسمته﴾ بناءً على ما عرفته من اعتبار ذلك في الشفعة، وإلّا ثبتت وإن لم يقبلا كما عرفت البحث فيه سابقاً.

ج ٣٧ / ٢٦٣

بقي شيء: وهو أنّ ظاهر المعظم إلحاق الشرب بالطريق في الحكم المزبور، وإن كنّا لم نجده في نصوصنا بل ولا في نصوص العامّة، فإن كان إجماعاً وإلّا كان محلّاً للإشكال، خصوصاً بعد ما عرفت من أصالة عدم الشفعة في غير الفرض فضلاً عنه.

وعلى الأوّل ينبغي الاقتصار على النهر والساقية لأنّه المتيقّن منه، كما عساه يومئ إليه تعبير المصنّف به هنا، ثمّ نفاها بعد ذلك عن المقسوم إلّا مع الشركة في الطريق والنهر.

كما أنّه في التذكرة جعل العنوان «النهر والساقية» ثمّ قال: «ولو كانت المزرعة مختصّة وبئرها التي[٢] الزرع منها مشتركة حتّى

---

(١) نقل الأوّل بلفظه وأشار إلى الثاني في ذيله في ص ٣٩٣.

(٢) في المصدر بعدها إضافة: يسقى.

بيعت المزرعة والبئر، ففي ثبوت الشفعة في المزرعة بمجرّد الشركة في البئر إشكال؛ ينشأ: من الاقتصار على مورد النصّ فيما يخالف الأصل ولا شكّ في مخالفة الشفعة للأصل، ومن أنّها مشتركة في المستقى. والشافعي ألحق الشركة في البئر بالشركة في الممرّ»[١].

قلت: لا يخفى عليك ما في الوجه الثاني بعد فرض عدم الدليل عليه، بل مطلق الشرب إن لم يكن إجماعاً، ولم نتحقّقه، خصوصاً بعد ما سمعته من الاقتصار على الطريق في الكتب السابقة[٢].

ومن ذلك يعلم: عدم ثبوتها في الدار بالشركة في أُسّ الجدار ونحوه ـ للأصل المعتضد بظاهر النصّ والفتوى ـ وإن ثبتت فيه نفسه.

بل لا يخفى عليك: أنّ المتّجه ـ بملاحظة ما ذكرنا من أصالة عدم الشفعة وخصوصاً في صورة الاشتراك في الطريق ـ الحكم بعدمها في محالّ الشكّ، حتّى لو فرض حصوله ببيع بعض الدار ـ مثلاً ـ وبعض الطريق ونحوه من الصور لم يحكم بها؛ باعتبار كون المنساق من النصّ بيع الدار مع تمام ممرّها.

↑ ج ٣٧ / ٢٦٤

اللّهمّ إلّا أن يفرض القطع بعدم مدخليّة ذلك أو الظنّ على وجه معتدّ به.

ومن ذلك أيضاً: الشركة في الطريق أو النهر مع كون الدار وقفاً والأُخرى طلقاً، على البحث الذي تسمعه فيما يأتي إن شاء الله، والله العالم.

---

(١) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في الآخذ ج ١٢ ص ٢١٢.

(٢) في ص ٣٩٢.

﴿ولو باع عرصة مقسومة﴾ مثلاً ﴿وشقصاً من أُخرى﴾ غير مقسومة ﴿صفقةً، فالشفعة في الشقص خاصّة بحصّته[١] من الثمن﴾ وهكذا الحكم في كلّ بيع مشفوع وغيره صفقةً.

بلا خلاف[٢] ولا إشكال، بل حكي الإجماع عليه صريحاً[٣] وظاهراً[٤]؛ لوجود المقتضي فيه على وجهٍ يندرج في إطلاق الأدلّة دون غيره. واتّحاد الصفقة لا يخرج كلّاً منهما عن حكمه.

بل لا خيار للمشتري كما صرّح به المصنّف وغيره فيما يأتي[٥]؛ لإقدامه على البعض لو صار، ولأنّه حدث سبب التبعيض في ملكه.

بل مقتضى التعليل الثاني ـ الذي ذكره المصنّف وغيره فيما يأتي[٦] ـ عدم الفرق في ذلك بين الجاهل والعالم، فما في بعض الكتب من ثبوت الخيار مع الجهل[٧] اشتباه؛ منشؤه تخيّل كون المقام من أفراد خيار تبعيض الصفقة المشروط بالجهل.

لكن ستسمع فيما يأتي عن الأردبيلي احتمال ثبوته مع الجهل، قائلاً: «إنّه أشار إليه المحشّي»[٨].

---

(١) في نسخة الشرائع: بحصّة.

(٢) كما في مفتاح الكرامة: الشفعة / في المحلّ ج ١٨ ص ٤٤١.

(٣) كما في جامع المقاصد: الشفعة / في المحلّ ج ٦ ص ٣٥٧، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٢٦ ج ٣ ص ٧٧.

(٤) كما في تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٦٣.

(٥ و٦) في ص ٥٠٢.

(٧) مفتاح الكرامة: الشفعة / في المحلّ ج ١٨ ص ٤٤١.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الأحكام ج ٩ ص ٢٩.

ولا فرق بين كون غير المشفوع من مصالح المشفوع كبقر الضيعة وعدمه، خلافاً لمالك[١].

والمراد بنسبة قيمته من الثمن: أن يقوّم المجموع ثمّ يقوّم المشفوع فينسب قيمته إلى مجموع القيمتين، فيأخذ من الثمن بتلك النسبة. فإذا قيل: قيمة المجموع ـ مثلاً ـ مائة وقيمة المشفوع خمسون أخذه الشفيع بنصف الثمن... وهكذا، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٢٦٥

﴿و﴾ كيف كان، فلا خلاف معتدّ به في أنّه ﴿يشترط﴾ في ثبوت الشفعة ﴿انتقال الشقص بالبيع، فلو جعله صداقاً أو صدقةً أو هبةً أو صلحاً فلا شفعة﴾ بل حكى الإجماع عليه جماعة[٢]، ولعلّه كذلك؛ لأنّ خلاف ابن الجنيد في ذلك ـ حيث أثبتها في الهبة بعوض وغيره[٣] ـ غير قادح في محصّل الإجماع فضلاً عن محكيّه. وفي محكيّ المبسوط: إجماع الفرقة وأخبارها على عدم الشفعة في الصداق[٤].

ويدلّ عليه: ـ مضافاً إلى ذلك، وإلى الأصل المزبور ـ مفهوم قول الصادق عليه السلام في حسن الغنوي السابق: «الشفعة في البيوع»[٥]، بل وقوله عليه السلام في مرسل يونس: «الشفعة جائزة في كلّ شيء... إذا كان

---

(١) العزيز: ج ٥ ص ٥١٠، الحاوي الكبير: ج ٧ ص ٢٨١.

(٢) كابن إدريس في السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦، والعلّامة في التذكرة: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢٢٢، والكركي في جامع المقاصد: الشفعة / في المحلّ ج ٦ ص ٣٥٧ ـ ٣٥٨.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٩.

(٤) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١١.

(٥) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

الشيء بين شريكين فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحقّ به من غيره...»[١]، بل وغير ذلك من النصوص الظاهر في القيديّة التي هي أقوى من غيرها دلالةً.

واحتمال: ورود هذه المفاهيم مورد الغالب في بعض والسؤال في آخر ـ فلم تبلغ درجة الحجّيّة ـ يدفعه: أنّه واضح المنع، خصوصاً بعد ملاحظة الانجبار بما عرفت.

وإلى خصوص صحيح أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً في خصوص الصداق: «سألته عن رجل تزوّج امرأة على بيت في دار، وله في تلك الدار شركاء؟ قال: جائز له ولها، ولا شفعة لأحد من الشركاء عليها»[٢] بناءً على ظهور نفيها من حيث كونه صداقاً لا من حيث تعدّد الشركاء ولو بملاحظة الانجبار.

↑ ج ٣٧ / ٢٦٦

ومن الغريب بعد ذلك ما في المسالك وبعض أتباعها[٣] من أنّه «لا دليل صريح للمشهور، وإنّما تضمّنت الروايات ذكر البيع، وهو لا ينافي ثبوتها بغيره، ومن ثَمَّ خالف ابن الجنيد فأثبتها بمطلق النقل حتّى بالهبة بعوض وغيره؛ لما أشرنا إليه من عدم دليل يقتضي التخصيص، ولاشتراك الجميع في الحكمة الباعثة على إثبات الشفعة، وهو دفع الضرر عن الشريك. ولو خصّها بعقود المعاوضات ـ كما يقوله

---

(١) تقدّم في ص ٣٦٧.

(٢) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الشفعة ح ٣٣٨٠ ج ٣ ص ٨٣، وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الشفعة ح ٢ ج ٢٥ ص ٤٠٧.

(٣) كمفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٢٥ ج ٣ ص ٧٦ ـ ٧٧.

العامّة ـ كان أقعد؛ لأنّ أخذ الشفيع للموهوب بغير عوض بعيد، وبه خارج عن مقتضى الأخذ...»[١] إلى آخره.

إذ هو كما ترى ـ بعد الإغضاء عمّا فيه من عدم صحّة النقل المزبور عن ابن الجنيد ـ يمكن منع الاشتراك في وجه الحكمة، وعلى تقديره لا يعارض ما سمعته من الأدلّة، كإطلاق ما دلّ على ثبوتها بعد تسليمه على وجهٍ يشمل الفرض؛ لاحتمال كونه مساقاً لغير ذلك، والله العالم.

﴿ولو كانت الدار﴾ بعضها ﴿وقفاً وبعضها طلقاً[٢]، فبيع الطلق، لم يكن للموقوف عليه شفعة ولو كان واحداً﴾ كما في النافع[٣] والدروس[٤] والرياض[٥] ومحكيّ المبسوط[٦]، بل في الأخير: نفي الخلاف فيه، وفي سابقه عن الحلّي: نسبته إلى الأكثر.

ولعلّه الأقوى ﴿لأنّه ليس مالكاً للرقبة على الخصوص﴾ وإن كان واحداً حال بيع الشريك؛ ضرورة قصد الواقف تمليك الموقوف عليهم في سائر الطبقات، ولذا يتلقّون منه لا من الموقوف عليه الأوّل، وخصوصاً إذا كان الواحد المزبور من أفراد غير المنحصر ابتداءً إلّا أنّه

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٢ ص ٢٧٣ ـ ٢٧٤.

(٢) في نسخة المسالك: طلق.

(٣) المختصر النافع: كتاب الشفعة ص ٢٤٩.

(٤) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٨.

(٥) رياض المسائل: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٤ ص ٦٦.

(٦) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٤٥.

اتّفق الانحصار فيه، كما لو كان الوقف على بني زيد فاتّفق انحصار ذلك في واحد، فإنّ التمليك للجنس حينئذٍ.

وعلى كلّ حال، فلا ريب في الشكّ في الاندراج في إطلاق أدلّة الشفعة ـ التي قد عرفت أنّها على خلاف الأصل ـ إن لم يكن الأظهر عدم الاندراج، خصوصاً مع ملاحظة القيديّة في مرسل يونس التي منها ظهور كون الشركة بينهما على وجهٍ يكون لكلّ منهما بيع نصيبه.

↑ ج ٣٧ / ٢٦٧

﴿وقال المرتضى[1]﴾ في الانتصار ما حاصله: أنّها ﴿تثبت الشفعة﴾ للموقوف عليه مطلقاً، قال ما نصّه: «ممّا انفردت الإماميّة به: القول بأنّ لإمام المسلمين وخلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التي ينظرون فيها على المساكين أو على المساجد أو على مصالح المسلمين، وكذلك كلّ ناظر بحقّ في وقف من وصيّ ووليّ» وادّعى على ذلك كلّه الإجماع، وقال أيضاً: «إنّه من متفرّداتنا، وإنّ باقي الفقهاء يخالفون»[2].

ثمّ قال: «ويمكن أن يقال للمخالف على سبيل المعارضة له: الشفعة إنّما وجبت لدفع الضرر، فأولى الأشياء بأن يدفع عنها الضرر حقوق الفقراء ووجوه القربات. فإن قالوا: الوقوف لا مالك لها فيدفع الضرر عنه بالمطالبة بشفعته، قلنا: إذا سلّم أنّه لا مالك لها، فهاهنا منتفع بها

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: رحمه الله.

(٢) الانتصار: مسألة ٢٦٠ ص ٤٥٧.

ومستضرّ يعود إلى المشاركة فيها وهم أهل الوقوف، ومصالح المسلمين إنّما يجب دفع الضرر عنها مثل ما يجب من دفع الضرر على الآدميّين»[١].

وفيه ما لا يخفى بناءً على انتقال الموقوف في مثل ذلك إلى الله (تعالى شأنه)؛ ضرورة عدم اندراجه حينئذٍ في أدلّة الشفعة، بل وعلى القول بكونه ملكاً للمسلمين بناءً على عدم ثبوت الشفعة مع الكثرة الذي قد اعترف هو به في الكتاب المزبور[٢]. بل قد عرفت الشكّ في الاندراج في إطلاق الشفعة مع الاتّحاد ابتداءً فضلاً عن غيره، ولعلّه لذا لم يثبتها العامّة وإن قالوا بها مع الكثرة. ومن هنا جزم غيره بخلاف ما ذكره[٣].

ومنه يعلم: ما في دعوى إجماعه المزبور الذي لم نجد من وافقه عليه لا قبله ولا من تأخّر عنه، عدا ما يحكى[٤] عن التقي تلميذه، ولم نتحقّقه؛ لما قيل من أنّه «لم نجده في الكافي»[٥]، بل عن السرائر: «إنّ الأكثرين على خلافه»[٦]، بل قد سمعت ما عن الشيخ من نفي

↑ ج ٣٧ / ٢٦٨

---

(١) المصدر السابق: ص ٤٥٧ ـ ٤٥٨.
(٢) الانتصار: مسألة ٢٥٧ ص ٤٥٠.
(٣) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٧، مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٣، إيضاح الفوائد: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ١٩٩.
(٤) الحكاية وقعت في المهذّب البارع: الشفعة / ما تثبت فيه ج ٤ ص ٢٦٦.
(٥) مفتاح الكرامة: الشفعة / في المحلّ ج ١٨ ص ٤٤٦.
(٦) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٧.

الخلاف عن ذلك، بل قيل: «إنّ ظاهره نفيه بين المسلمين»[١].

نعم، في الدروس[٢] وغيرها[٣]: أنّ المتأخّرين على ثبوتها مع كون الموقوف عليه واحداً؛ لأنّه مالك حينئذٍ على المشهور، بل لم يعرف فيه خلاف، فيندرج في إطلاق الأدلّة، ولا مانع إلّا كونه محجوراً عليه في التصرّف، وذلك لا ينافي كونه مالكاً مقاسماً، ولذلك ثبت لغيره ممّن هو محجور عليه في التصرّف، كما لا ينافيه الانتشار بعد ذلك، كانتشار المملوك بالبيع والموت ونحوهما، مضافاً إلى الاشتراك في الحكمة أو العلّة.

إلّا أنّ ذلك كلّه ـ كما ترى ـ لا ينافي انسياق غيره من الأدلّة، بل قد يشكّ في ثبوتها لذي الطلق لو فرض بيع الوقف على وجهٍ يصحّ، وإن قال في المسالك: «لا إشكال في ثبوتها حينئذٍ؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع»[٤]؛ ضرورة إمكان منع وجود المقتضي عليه بعد انسياق غير ذلك من الأدلّة، وخصوصاً في الوقف العامّ أو الخاصّ مع تعدّد الشركاء.

وكأنّه تبع في ذلك ما في جامع المقاصد[٥] ومحكيّ التحرير[٦] من

---

(١) المصدر قبل السابق: ص ٤٤٥.

(٢) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٨.

(٣) كجامع المقاصد: الشفعة / في المحلّ ج ٦ ص ٣٥٩، ومسالك الأفهام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٢ ص ٢٧٦، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٢٧ ج ٣ ص ٧٨.

(٤) مسالك الأفهام: (انظره في الهامش السابق: ص ٢٧٤).

(٥) الهامش قبل السابق: ص ٣٥٨.

(٦) تحرير الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٤ ص ٥٥٩.

التصريح بالجواز، بل في الدروس القطع بذلك[١]، ولم يذكر أحد منهم التقييد بالواحد، بل ظاهر المسالك وجامع المقاصد ثبوتها على كلّ حال، وفيه منع واضح، والله العالم.

ج ٣٧ / ٢٦٩

﴿المقصد[٢] الثاني﴾
﴿في الشفيع﴾

﴿وهو﴾ مع قيوده المتّفق عليها إلّا من نادر ﴿كلّ شريك﴾ ولو في الطريق أو النهر ﴿بحصّة مشاعة﴾ على جهة الطلق ﴿قادر على الثمن﴾ فعلاً أو قوّةً دافع له غير مماطل ولا هازل.

﴿و﴾ مع ذلك ﴿يشترط فيه الإسلام إذا كان المشتري مسلماً﴾ وأمّا قابليّة القسمة والاتّحاد فلا اتّفاق عليهما؛ أمّا الأوّل فلما عرفت، وأمّا الثاني فستعرف الكلام فيه.

وحينئذٍ ﴿فلا يثبت[٣] الشفعة[٤] بالجوار﴾ عندنا، وفي المسالك: «أنّه مذهب الأصحاب إلّا العماني»[٥]، بل في المفاتيح: «لا خلاف فيه منّا»[٦] فلم يعدّه مخالفاً، ولعلّه لشذوذه كما في الدروس[٧]، بل عن

---

(١) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٩.

(٢) ليست في نسخة المسالك.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: فلا تثبت.

(٤) في نسخة الشرائع بعدها إضافة «للجار» مجعولةً في نسخة المسالك بين معقوفتين.

(٥) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٢ ص ٢٦٩.

(٦) مفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٢٥ ج ٣ ص ٧٦.

(٧) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٧.

الخلاف[١] والغنية[٢] والسرائر[٣]: الإجماع عليه. وهو كذلك، بل يمكن دعوى القطع به أيضاً من النصوص المتّفقة على اعتبار الشركة في الشفعة ولو في الطريق[٤].

ويمكن حمل كلامه على خصوص ذلك؛ فإنّ المحكي عنه أنّه قال: «لا شفعة لجار مع الخليط»[٥]، وهو بمفهومه يقتضي ثبوتها للجار في الجملة، فيمكن إرادته ما ذكرنا، لا مطلق الجوار المحكي عن أبي حنيفة وجماعة من العامّة[٦]؛ للنبوي المروي في طرقهم: «إنّ الجار أحقّ بالشفعة»[٧] أو «بشفعته»[٨]، الذي أُجيب عنه[٩] باحتمال كون الإضمار فيه: أنّه أحقّ بالعَرْض عليه، لا الأخذ بالشفعة.

↑ ج ٣٧ / ٢٧٠

وإن كان هو ـ كما ترى ـ يمكن إرادة الشريك من «الجار» فيه: خصوصاً بعد ملاحظة معارضته لغيره.

---

(١) الخلاف: الشفعة / مسألة ٣ ج ٣ ص ٤٢٧ و٤٢٩.

(٢) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٣.

(٣) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٣ و٤ من كتاب الشفعة ج ٢٥ ص ٣٩٦ فما بعدها.

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٢ (نسخة دفتر تبليغات).

(٦) حلية العلماء: ج ٥ ص ٢٦٦، اللباب: ج ٢ ص ١٠٦، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٦١، بدائع الصنائع: ج ٥ ص ٥، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٦٧، المجموع: ج ١٤ ص ٣٠٣.

(٧) كشف الخفاء: ح ١٠٥٣ ج ١ ص ٣٢٨.

(٨) سنن الترمذي: ح ١٣٦٩ ج ٣ ص ٦٥١، المصنّف (لعبد الرزّاق): ح ١٤٣٩٦ ج ٨ ص ٨١، معرفة السنن والآثار: ح ٣٧٨٤ ج ٨ ص ٣١٢.

(٩) كما في السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٧، وغنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٣.

وخصوصاً بعد ما رووه عن عمر بن الثريد[١] عن أبيه قال: «بعت حقّاً من أرض لي فيها شريك، فقال شريكي: أنا أحقّ بها، فرفع ذلك إلى النبيّ صلى الله عليه وآله فقال: الجار أحقّ بشفعته» أو «بالشفعة»[٢].

وخصوصاً بعد التوسعة في إطلاق الجار على الزوجة باعتبار الاشتراك في العقد ﴿و﴾ إن بعدت عنه في المكان.

بل ﴿لا﴾ شفعة ﴿فيما قسّم وميّز إلّا مع الشركة في طريقه أو نهره﴾ على الوجه الذي عرفته سابقاً، بلا خلاف أجده إلّا منه أيضاً كما اعترف به غير واحد[٣]، بل لعلّ ما سمعته من الإجماع على نفيها بالجوار يدلّ عليه، بل لا ريب في لحوقه بالإجماع إن لم يكن قد سبقه أيضاً.

بل لعلّه كذلك، خصوصاً بعد ملاحظة المقطوع به من النصوص ـ إن لم يكن المتواتر ـ في اعتبار الشركة وعدم القسمة في الشفعة من قولهم عليهم السلام: «لا تكون الشفعة إلّا لشريكين ما لم يتقاسما»[٤]، و«لا شفعة إلّا لشريك غير مقاسم»[٥]، و«الشفعة لا تكون إلّا لشريك»[٦]،

---

(١) في المصادر: عمرو بن الشريد.

(٢) الحاوي الكبير: ج ٩ ص ٦، المجموع: ج ١٤ ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤، الناصريّات: مسألة ١٧٧ ص ٣٧٦، وانظر الهامش قبل السابق.

(٣) كالمقداد في التنقيح: الشفعة / في الشفيع ج ٤ ص ٨٥ ـ ٨٦، والشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / ما تثبت فيه ج ١٢ ص ٢٦٩.

(٤ و٥) تقدّمت في ص ٣٧١ ـ ٣٧٢.

(٦) تقدّم في ص ٣٩٥.

و«الشفعة لكلّ شريك لم يقاسمه»[١]، و«إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة»[٢]، و«... إذا أُرّفت الأُرف وحدّت الحدود فلا شفعة»[٣]... وغير ذلك، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٢٧١

﴿و﴾ كيف كان، فلا خلاف ولا إشكال بين العامّة والخاصّة[٤] نصّاً وفتوى في أنّها ﴿تثبت بين شريكين[٥]، و﴾ لكنّ الكلام في أنّها ﴿هل تثبت[٦] لما زاد عن شفيع واحد؟﴾ ففي المتن: ﴿فيه أقوال﴾:

﴿أحدها: نعم تثبت[٧] مطلقاً على عدد الرؤوس﴾.

﴿والثاني: تثبت في الأرض مع الكثرة، ولا تثبت في العبد إلّا للواحد﴾.

﴿والثالث: لا تثبت في شيء مع الزيادة على[٨] الواحد﴾.

﴿وهو أظهر﴾ وأشهر[٩]، بل المشهور[١٠] شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً[١١]، بل هي كذلك كما ستعرف.

(١ و٣) تقدّما في ص ٣٦٩ و٣٧١.

(٢) الكافي: المعيشة / باب الشفعة ح ٣ ج ٥ ص ٢٨٠، تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٤ الشفعة ح ١ ج ٧ ص ١٦٣، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الشفعة ح ٤ ج ٢٥ ص ٣٩٧.

(٤) كما في الانتصار: مسألة ٢٥٧ ص ٤٥٠، ونقل الإجماع بين الخاصّة في تحرير الأحكام: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٤، ورياض المسائل: الشفعة / في الشفيع ج ١٤ ص ٧٣.

(٥ ـ ٧) في نسخة الشرائع: الشريكين... يثبت... وتثبت.

(٨) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: عن.

(٩) كما في الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٣٩٧.

(١٠) كما في كفاية الأحكام: الشفعة / في الشرائط ج ١ ص ٥٤٣، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٢٥ ج ٣ ص ٧٧.

(١١) كما في الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٧، وجامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٦٢.

بل لم نعرف القول الأوّل لأحد منّا؛ إذ المحكي عن ابن الجنيد في الانتصار: أنّه يوجب الشفعة في العقار فيما زاد على اثنين، وإنّما يعتبر الاثنين في الحيوان خاصّة[1].

نعم، في المختلف ـ بعد أن حكى عن الصدوق التفصيل المزبور ـ قال: «وكذا اختار ابن الجنيد ثبوت الشفعة مع الكثرة»[2]. ويمكن أن يريد التفصيل أيضاً، فلا يكون حينئذٍ قائل منّا بالقول المزبور، وعلى تقديره فهو أبو علي خاصّة.

وأمّا الثاني فلا أجد قائلاً به أيضاً؛ إذ الصدوق قد استثنى الحيوان، فإنّه ـ بعد أن ذكر خبر طلحة بن زيد عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن عليّ عليهم السلام: «الشفعة على عدد الرجال»[3] ـ قال: «وسئل الصادق عليه السلام عن الشفعة لمن هي؟ وفي أيّ شيء؟ وهل تكون في الحيوان شفعة؟ وكيف هي؟ قال: الشفعة واجبة في كلّ شيء من حيوان أو أرض أو متاع، إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحقّ به من غيره، فإن زاد على اثنين فلا شفعة لأحد منهم»[4].

↑ ج ٣٧ / ٢٧٢

---

(١) عبارة الانتصار هكذا: «فإن قيل: قد ادّعيتم إجماع الإماميّة وابن الجنيد يخالف في هذه المسألة ويوجب الشفعة مع زيادة على اثنين، وأبو جعفر بن بابويه يوجب الشفعة في العقار فيما زاد على الاثنين وإنّما يعتبر الاثنين في الحيوان خاصّة». انظر الانتصار: مسألة ٢٥٧ ص ٤٥١ ـ ٤٥٢.

(٢) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٤.

(٣) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الشفعة ح ٣٣٧١ ج ٣ ص ٧٧. وسائل الشيعة: باب ٧ من كتاب الشفعة ح ٥ (مع ذيله) ج ٢٥ ص ٤٠٣.

(٤) انظر «الفقيه» في الهامش السابق: ح ٣٣٧٧ ص ٧٩. و«الوسائل»: ح ٢ (مع ذيله) ص ٤٠٢.

ثمّ قال: «قال مصنّف هذا الكتاب: يعني بذلك الشفعة في الحيوان وحده، فأمّا في غير الحيوان فالشفعة واجبة للشركاء وإن كانوا أكثر من اثنين، وتصديق ذلك ما رواه أحمد بن محمّد بن أبي نصر عن عبد الله ابن سنان قال: سألته عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه؟ قال: يبيعه، قلت: فإنّهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه، فلمّا أقدم على البيع قال له شريكه: أعطني؟ قال: هو أحقّ به».

ثمّ قال: «قال عليه السلام: لا شفعة في حيوان إلّا أن يكون الشريك فيه واحداً»[1].

وهو كالصريح فيما حكيناه عنه، فلم يكن حينئذٍ قائل منّا بالقول المزبور أيضاً.

فمن الغريب: ما عن صاحب الكفاية من اختيار القول المزبور[2].

وأغرب منه: ما سمعته من الصدوق الذي حمل مرسل يونس المزبور ـ المشتمل صريحاً على الحيوان وغيره ـ على ما عدا الحيوان.

وأغرب من ذلك: استشهاده على ما تخيّله أنّه جمع بين النصوص بالصحيح المزبور؛ ولعلّه لذا وافق في المقنع المشهور[3]، كالمحكي عن أبيه في رسالته[4] وفي الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام[5]

---

(١) انظر «الفقيه» في الهامش قبل السابق: ذيل ح ٣٣٧٧ (مع ح ٣٣٧٨) ص ٨٠، و«الوسائل»: ح ٧ ص ٤٠٤.

(٢) كفاية الأحكام: الشفعة / في الشرائط ج ١ ص ٥٤٤ (كأنّه متردّد).

(٣) المقنع: باب الشفعة ص ٤٠٥.

(٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٢.

(٥) فقه الرضا عليه السلام: باب ٤٠ الشفعة ص ٢٦٤.

بناءً على أنّه له.

وحينئذٍ فيكون القول الثالث خيرة الصدوقين والشيخين[١] وعلم الهدى[٢] وسلّار[٣] وأبي الصلاح[٤] وبني حمزة[٥] والبرّاج[٦] وزهرة[٧] وإدريس[٨] والراوندي[٩] والطبرسي[١٠] والكيدري[١١] والفاضلين[١٢] والشهيدين[١٣] والكركي[١٤] والأردبيلي[١٥] وغيرهم[١٦] على

(١) المقنعة: كتاب الشفعة ص ٦١٨، النهاية: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٢٢٨.
(٢) الانتصار: مسألة ٢٥٧ ص ٤٥٠.
(٣) المراسم: أحكام الشفعة ص ١٨٣.
(٤) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١.
(٥) الوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٨.
(٦) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٣.
(٧) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٢ و ٢٣٤.
(٨) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦ و٣٨٧.
(٩) فقه القرآن: باب الشفعة ج ٢ ص ٦٩.
(١٠) المؤتلف من المختلف: الشفعة / مسألة ١١ ج ١ ص ٦٣٢.
(١١) إصباح الشيعة: كتاب الشفعة ص ٢٥٣ و٢٥٤.
(١٢) الماتن هنا، وفي المختصر النافع: كتاب الشفعة ص ٢٥٠، والعلّامة في الإرشاد: الشفعة / في الشرائط ج ١ ص ٣٨٤، والتحرير: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٤، والتبصرة: المتاجر / في الشفعة ص ٩٨.
(١٣) الدروس الشرعيّة: الشفعة / المقدّمة ج ٣ ص ٣٥٧، اللمعة الدمشقيّة: كتاب الشفعة ص ١٦٩، الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٣٩٧.
(١٤) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٦٢ ـ ٣٦٣.
(١٥) مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الشرائط ج ٩ ص ٨...
(١٦) كالصيمري في غاية المرام: الشفعة / في الشفيع ج ٤ ص ١٠٧ ـ ١٠٨، والبحراني في الحدائق: الشفعة / في الشروط ج ٢٠ ص ٣٠٤.

ما حكي عن بعضهم.

بل في الانتصار[١] ومحكيّ الغنية[٢] والسرائر[٣] والتنقيح[٤]: الإجماع عليه، بل في الأوّل منها ومحكيّ الخلاف[٥] والمبسوط[٦]: أنّه من متفرّداتنا وأنّه لم يوافقنا عليه أحد، بل في الانتصار أيضاً: أنّ الإجماع سبق ابن الجنيد، فلا اعتبار بخلافه[٧].

↑ ج ٣٧ / ٢٧٣

ويدلّ عليه: ـ مضافاً إلى ذلك، وإلى الأصل، ومرسل يونس[٨]، ونصوص المملوك والحيوان[٩] ولو على القول بثبوت الشفعة فيهما، وما عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام[١٠] ـ صحيح عبد الله بن سنان: «لا تكون الشفعة إلّا لشريكين ما لم يتقاسما، فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة»[١١].

ولا معارض لذلك إلّا خبرا السكوني[١٢] وطلحة بن

(١) الانتصار: مسألة ٢٥٧ ص ٤٥٠.
(٢) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٤.
(٣) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٧.
(٤) التنقيح الرائع: الشفعة / في الشفيع ج ٤ ص ٨٨.
(٥) الخلاف: الشفعة / مسألة ١١ ج ٣ ص ٤٣٥.
(٦) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٣.
(٧) الانتصار: مسألة ٢٥٧ ص ٤٥٢.
(٨) تقدّم في ص ٣٦٧ و٤١٤.
(٩) تقدّمت في ص ٣٦٧ ـ ٣٦٨.
(١٠) تقدّمت الإشارة إليه مع مصدره آنفاً.
(١١) الكافي: المعيشة / باب الشفعة ح ٧ ج ٥ ص ٢٨١، تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٤ الشفعة ح ٦ ج ٧ ص ١٦٤، وسائل الشيعة: باب ٧ من كتاب الشفعة ح ١ ج ٢٥ ص ٤٠١.
(١٢) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ١٣ ص ١٦٦، و«الوسائل»: ح ٥ ص ٤٠٣.

زيد[١]: «الشفعة على عدد الرجال» و«على الرجال»[٢].

وهما ـ مع الطعن في سنديهما، وموافقتهما لإطباق العامّة[٣] ـ محتملان لما في الانتصار: من إرادة وجوبها بالشركة سواء زادت السهام أو نقصت، بعد حمل لفظ «الرجال» و«الشركاء» ـ إن لم نقل بكون الجمع حقيقة في الاثنين فصاعداً، أو بإرادة المجاز منه نحو قوله تعالى: «فإن كان له إخوة»[٤] ـ على إرادة الشركة في الأملاك الكثيرة، لا في الملك الواحد.

ثمّ قال: «وأمّا الخبر الذي وجد في روايات أصحابنا: أنّه إذا سمح بعض بحقوقهم من الشفعة، فإنّ من[٥] لم يسمح بحقّه على قدر حقّه، فيمكن أن يكون تأويله: أنّ الوارث لحقّ الشفعة إذا كانوا جماعة ـ فإنّ الشفعة عندنا تورث ـ متى سمح بعضهم بحقّه كانت المطالبة لمن لم يسمح، وهذا لا يدلّ على أنّ الشفعة في الأصل لأكثر من شريكين»[٦].

↑ ج ٣٧ / ٢٧٤

---

(١) تقدّم في ص ٤١٤.

(٢) خبرا السكوني وطلحة بن زيد منقولان بالصياغة الأُولى في الفقيه والتهذيب والوسائل، نعم نُقل الثاني منهما بالصياغة الثانية في الوافي: طلب الرزق/باب ١٢٤ ح ٢٣ ج ١٨ ص ٧٧٣.

(٣) بداية المجتهد: ج ٢ ص ٢٥٩، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٥٢٣ و٥٢٤، المجموع: ج ١٤ ص ٣٢٦، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٩٠.

(٤) سورة النساء: الآية ١١.

(٥) في المصدر بدلها: لمن.

(٦) الانتصار: مسألة ٢٥٧ ص ٤٥١.

وإلّا ما يوهمه خبرا منصور بن حازم المتقدّمان[١]، المحمولان أيضاً على التقيّة أو غيرها ممّا عرفت، كخبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء...»[٢].

ومن الغريب بعد ذلك كلّه ما في المسالك وبعض أتباعها[٣]: من الوسوسة في الحكم المزبور، فإنّه ـ بعد أن ذكر في الأُولى النصوص للطرفين، وأنّه يمكن أن يقال: إنّه مع تعارض الروايات الصحيحة تتساقط ويرجع إلى حكم الأصل ـ قال:

«وفيه نظر؛ لمنع التعارض، لأنّ هذه الروايات أكثر وأوضح دلالةً؛ لأنّ رواية ابن سنان[٤] ـ التي هي عمدة الباب ـ لا صراحة فيها، حيث إنّه أثبت الشفعة للشريكين باللام المفيدة للاستحقاق أو ما في معناه، والمطلوب لا يتمّ إلّا إذا أُريد ثبوتها بين الشريكين لا لهما».

«ولا ينافيه قوله: ولا تثبت لثلاثة؛ إذ لا قائل بالفرق بين الاثنين والثلاثة، ولجواز إرادة عدم استحقاق كلّ واحد من الثلاثة بخصوصه دون الآخر، وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلّا أنّ فيه طريقاً للجمع، مع أنّ رواية منصور أصحّ طريقاً، ومقيّدة لرواية[٥] ابن سنان

---

(١) في ص ٣٩٢ ـ ٣٩٣.

(٢) تقدّم في ص ٣٦٩.

(٣) كمفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٢٥ ج ٣ ص ٧٧.

(٤) تقدّمت في ص ٤١٧.

(٥) أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسخة المسالك ـ: ومؤيّدة برواية.

الآتية[١]»[٢].

وهو من غرائب الكلام، وكأنّ الذي أوقعه في ذلك ما في مختلف الفاضل، فإنّه ـ بعد أن ذكر المسألة بتمامها ـ قال: «وقول هؤلاء لا يخلو من قوّة؛ لصحّة حديث منصور بن حازم، وادّعاء ابن إدريس الإجماع على سقوطها مع الكثرة خطأ»[٣].

ج ٣٧ / ٢٧٥

ولا يخفى عليك ما فيه، خصوصاً حكمه بخطأ الإجماع المزبور، الذي هو ـ مع شهادة التتبّع له ـ قد سبقه إليه من تقدّمه، ووافقه عليه من تأخّر عنه.

وصحيحة منصور لم يذكر فيها حكم الكثرة، وإنّما فيها ثبوت الشفعة مع اللفظ الموهم لها، فكيف تصلح معارضةً لما ذكر فيه الحكم صريحاً؟!

ولعلّه لذا جزم في الروضة بموافقة المشهور[٤]، وهو فيها أفقه منه في المسالك كما لا يخفى على من لاحظهما.

ثمّ إنّ المنساق من الأدلّة والفتاوى عدم الشفعة مع الكثرة السابقة على عقد البيع، كما لو كان الشيء مشتركاً بين ثلاثة فيبيع أحدهم

(١) نظر صاحب المسالك إلى رواية ابن سنان التي تقدّمت معنا في ص ٣٦٧ ـ ٣٦٨ و ٤١٥.
(٢) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٢.
(٣) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٦.
(٤) الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٣٩٧.

نصيبه، أمّا إذا كانت لاحقة كما لو كان الشيء مشتركاً بين اثنين فباع أحدهما نصيبه على اثنين ـ دفعةً أو ترتيباً ـ ثمّ علم الشريك بذلك فالظاهر ثبوتها، كما عن الشهيد في حواشيه[1].

وفي الدروس: «لو باع أحد الشريكين بعض نصيبه من رجل ثمّ باع الباقي من آخر، فعلى المشهور للشريك الأخذ منهما أو يترك، وعلى الكثرة له أخذ نصيب الأوّل والثاني، وفي مشاركة الأوّل له أوجه: المشاركة لأنّه كان شريكاً عند العقد، وعدمها لأنّ ملكه مستحقّ للشفعة، والتفصيل إن عفا عنه شارك لقرار ملكه. ويشكل: بأنّ القرار إنّما حصل بعد استحقاق الشريك الشفعة، فلا يكون مقاوماً للقارّ أوّلاً. ويضعّف: بأنّ حقيقة الملك سابقة»[2].

وكلامه الأوّل صريح في ثبوتها على القول بالاتّحاد، بل ظاهر الفاضل في القواعد المفروغيّة من ذلك، قال فيها ـ في التفريع على القول بالكثرة ـ: «ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثمّ الباقي لآخر، ثمّ علم الشفيع، فله أخذ الأوّل والثاني وأحدهما، فإن أخذ الأوّل لم يشاركه الثاني، وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأوّل، وعلى ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع أخذ الجميع وتركه[3]»[4].

↑ ج ٢٧ / ٢٧٦

(١) نقله عنه في مفتاح الكرامة: الشفعة / في الآخذ ج ١٨ ص ٤٦٣.

(٢) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٥ ج ٣ ص ٣٧٧.

(٣) في المصدر بدل «وتركه»: أو تركه خاصّة.

(٤) قواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٥٠.

وكأنّه لما ذكرناه من اندراج الفرض في إطلاق الأدلّة؛ ضرورة صدق اتّحاد الشريك، بل لو كان مثله مسقطاً للشفعة لما أغفلوه؛ إذ ليس هو من النادر. بل لعلّ الاتّحاد المزبور هو وجه تخييره بين أخذ الجميع وتركه؛ ضرورة كونه كالشفعة الواحدة التي لا تتبعّض، وبيع الشريك من شخصين ولو على التعاقب لا يرفع ظهور الأدلّة في عدم التبعيض المزبور.

والمراد توجيه كلامه بما ذكرناه، وإلّا فللمانع أن يمنع التبعيض في الفرض؛ باعتبار تعدّد البيع المقتضي لتعدّد الاستحقاق، كما يظهر لك فيما لو فرض علم الشريك ببيع بعض نصيبه من المشتري الأوّل فشفع فيه، ثمّ بعد ذلك باع شريكه ما بقي من نصيبه لآخر مثلاً، فإنّ لشريكه عدم الشفعة، ولا يكون ذلك تبعيضاً.

واحتمال: الفرق بين ذلك وبين محلّ البحث ـ لصدق التبعيض فيه دون الفرض المزبور ـ لا منشأ له على وجهٍ يرجع إلى محصّل بعد فرض ثبوت الاستحقاق للشريك بالبيع الأوّل سواء حصل الثاني أو لم يحصل، فهما حينئذٍ سببان لا مدخليّة لأحدهما في الآخر.

واحتمال: عدم ثبوت الشفعة إلّا مع بيع تمام النصيب ولو من اثنين ـ فلا يتحقّق شفعة ببيع بعض النصيب خاصّة ـ لا أظنّ أحداً يلتزمه.

فتأمّل جيّداً؛ فإنّ الأمر لا يخلو من خفاء، وإن كان القول بأنّ له أخذ الجميع والبعض وليس هو من التبعيض ـ خلاف ما سمعته من

الفاضل ـ لا يخلو من قوّة .

ولكن على كلّ حال ، من التأمّل فيما ذكرنا يظهر النظر فيما في جامع المقاصد ؛ حيث إنّه وجّه كلام الفاضل بأنّه «إذا أخذ الجميع لم تتكثّر الشفعاء ، فلم يتحقّق المنافي[1] ، بخلاف ما إذا أخذ البعض»[2] .

ج ٣٧ / ٢٧٧

إذ لا يخفى عليك ما فيه ـ كما اعترف هو به[3] ـ من أنّه إنّما يجيء هذا المحذور لو أخذ من الثاني ، أمّا إذا أخذ من الأوّل خاصّة فلا يتكثّر الشفعاء حينئذٍ؛ لعدم شفعة للثاني .

بل قد يقال[4] : إنّه لو أخذ الجميع فللأوّل الشفعة في نصيب الثاني على الاحتمال الذي ذكر؛ لأنّه كان شريكاً ومستحقّاً في وقت البيع للثاني ، فلا يزول استحقاقه بأخذ ملكه ، فلا يتمّ ما ذكره .

وأيضاً فإنّه في وقت البيع الثاني كان المشتري الأوّل مالكاً قطعاً ، فإن استحقّ الشفعة بملكه ثبت مع تعدّد الشركاء والشفعاء ، وإن لم يستحقّ مع كونه شريكاً تخلّف الأثر .

نعم ، على القول بأنّ كون ملكه مشفوعاً ينافي استحقاقه لا إشكال ، كما أنّه لا إشكال في الأوّل أيضاً بناءً على اعتبار بقاء الملك للشفيع في الشفعة ، فمع فرض أخذ الشريك الأوّل الجميع لم تكن شفعة

---

(١) في المصدر بدلها: الثاني.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٩٥.

(٣) المصدر السابق.

(٤) الهامش قبل السابق: ص ٣٩٥ ـ ٣٩٦.

للمشتري الأوّل؛ لانتقال ملكه عنه.

بل لعلّ صحيح النظر يقتضي عدم الشفعة له أصلاً؛ لوجود المانع بالنسبة إليه وهو الكثرة، بخلاف الأوّل الصادق عليه الاتّحاد بملاحظة شركته مع البائع التي بها اندرج في إطلاق الأدلّة، بخلاف المشتري الأوّل الذي تحقّق معه كثرة الشركاء بشركة البائع وشريكه الأوّل.

وأمّا المناقشة[1] في أصل ثبوت الشفعة للشريك الأوّل: بأنّ قوله عليه السلام في صحيح عبد الله بن سنان السابق: «فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة»[2] يقتضي منع الكثرة اللاحقة كالسابقة.

فيدفعها: ظهور إرادة معنى الكون من «الصيرورة» في المقام، ولو بملاحظة غيره من النصوص إن لم يكن ذلك هو المنساق، فتأمّل جيّداً. وربّما يأتي إن شاء الله تعالى لذلك تتمّة.

ج ٣٧ / ٢٧٨

وكيف كان، فالمتّجه ـ على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة ـ أن تكون على الرؤوس ـ لا السهام ـ كما عن الصدوق[3]؛ لما سمعته[4] من خبري طلحة والسكوني، ولأنّ سبب الاستحقاق الشركة في الجملة ولو بأقلّ جزء؛ ولذا لو انفرد ذو الحصّة القليلة أخذ الكلّ كذي الحصّة الكثيرة، وليس ذلك إلّا من جهة كون السبب الشركة، والأصل

(١) كما في جامع المقاصد: (تقدّم المصدر آنفاً: ص ٣٩٦).

(٢) تقدّم في ص ٤١٧.

(٣) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الشفعة ح ٣٣٧٠ و٣٣٧١ ج ٣ ص ٧٧.

(٤) في ص ٤١٧ ـ ٤١٨.

عدم التفاضل.

ولا ينافي ذلك: التوزيع في تعلّق الديون على قدرها دون الرؤوس، بعد اختصاصه بالدليل الكاشف عن كون التعلّق من جهتها، لا أصل الدَّينيّة المشتركة بين القليل والكثير، بخلاف المقام.

خلافاً للمحكي عن أبي علي فجعلها على قدر السهام، ولكن قال: «ويجوز قسمتها على عدد الرؤوس»[١]. ومقتضاه التخيير.

واحتجّوا له[٢]: بأنّ المقتضي للشفعة الشركة، والمعلول يتزايد بتزايد علّته وينقص بنقصها إذا كانت قابلة للقوّة والضعف.

وفيه أوّلاً: أنّه لا يقتضي التخيير، وثانياً: منع التزايد إذا لم يظهر من الأدلّة؛ إذ لعلّ أصل الشركة هي العلّة من غير فرق بين قلّة النصيب وكثرته، ومن هنا كان القول الأوّل أصحّ كما اعترف به غير واحد[٣]، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فلا خلاف ـ كما عن غير واحد[٤] الاعتراف به ـ في أنّه ﴿تبطل الشفعة بعجز الشفيع عن﴾ دفع ﴿الثمن﴾ مع عدم رضا

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٦.

(٢) مختلف الشيعة: (المصدر السابق)، مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٤.

(٣) كابن فهد في المهذّب البارع: الشفعة / في الشفيع ج ٤ ص ٢٦٨، والكركي في جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٧٨.

(٤) كابن زهرة في الغنية: في الشفعة ص ٢٣٥، والطباطبائي في الرياض: الشفعة / في الشفيع ج ١٤ ص ٦٩.

المشتري بالصبر، وأنّه لا يكفي بذل الضامن والرهن والعوض، بل ربّما كان ظاهر المسالك في أوّل تعريف الشفيع أو صريحها الاتّفاق على اعتبار القدرة عليه فيه[١] الذي لا ريب في منافاة العجز لها، وفي مجمع البرهان: «دليل اشتراط القدرة في الشفعة على الثمن ـ ولو بالقرض وبيع شيء وسقوطها مع العجز ـ يمكن أن يكون إجماعاً»[٢].

ج ٣٧ / ٢٧٩

قلت: وقد يدلّ عليه في الجملة: ـ مضافاً إلى ذلك، وإلى الأصل ـ فحوى حسن عليّ بن مهزيار: «سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام: عن رجل طلب شفعة أرض، فذهب على أن يحضر المال فلم ينضّ[٣]، فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها، أيبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟ قال: إن كان معه في المصر فلينتظر به إلى ثلاثة أيّام، فإن أتاه بالمال، وإلّا فليبع وبطلت شفعته في الأرض، وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة أيّام، فإن وفّاه وإلّا فلا شفعة له»[٤].

وإن قيل[٥]: هو ظاهر في الشفعة قبل البيع؛ لأنّ المراد بصاحب الأرض الشريك الأصلي الذي هو البائع، إلّا أنّ الأصحاب قاسوا حال

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٧٧.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الشرائط ج ٩ ص ١٩.

(٣) نضّ المال: تحوّل نقداً بعد أن كان متاعاً. النهاية (لابن الأثير): ج ٥ ص ٧٢ (نضض).

(٤) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٤ الشفعة ح ١٦ ج ٧ ص ١٦٧، وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب الشفعة ح ١ ج ٢٥ ص ٤٠٦.

(٥) كما في الحدائق الناضرة: الشفعة / في الشفيع ج ٢٠ ص ٣٠٨.

المشتري عليه.

لكن قد يمنع ظهوره في ذلك، كما عساه يشهد له قوله: «طلب شفعة أرض» فإنّ الشفعة حقيقةً لغةً وعرفاً: الاستحقاق بعد البيع، بل قيل: المراد حينئذٍ بالطلب الأخذ بها[١]، بل لعلّ البطلان أيضاً ظاهر في ذلك، وحينئذٍ يكون المراد بصاحب الأرض: المشتري.

بل لو قلنا بإرادة المعنى الحقيقي من الطلب فيه لا الأخذ، كان[٢] المراد: أنّه أرادها ومضى ليحضر الثمن ليحصل استحقاق الأخذ بها أو التملّك، على حسب ما سمعته في اعتبار سبق دفع الثمن، كان أيضاً دالاًّ على المطلوب، فتأمّل جيّداً.

↑ ج ٣٧ / ٢٨٠

بل في الرياض: «هذا مع احتمال أن يكون الإلحاق ـ على تقدير صحّة ما ذكره ـ من باب تنقيح المناط القطعي، لا القياس الخفي»[٣].

وإن كان فيه: منع العمل بالأصل حتّى يتّجه التنقيح المزبور؛ ضرورة عدم قائل بسقوط الشفعة بانتظار البائع الثلاثة، بل إطلاق الأدلّة منافٍ لذلك.

وعلى كلّ حال، ففي جامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]: «يتحقّق العجز

---

(١) فسّر الأردبيلي «المطالبة» الواردة في «الإرشاد» بذلك، انظر مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الشرائط ج ٩ ص ٢١.
(٢) الأولى التعبير بـ «وكان» إذ سيأتي جواب «لو» لاحقاً.
(٣) رياض المسائل: الشفعة / في الشفيع ج ١٤ ص ٧٨.
(٤) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٦٣.
(٥) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٤.

باعترافه، وفي تحققه بإعساره وجهان»، وفي الأخير منهما: «أجودهما العدم؛ لإمكان تحصيله بقرض ونحوه»، وفيهما معاً: «ينتظر به ثلاثة أيّام كمدّعي غيبته».

ولعلّ ذلك منهما بناءً على عدم اختصاص التحديد المزبور في الحسن المذكور بغيبة الثمن مع وجوده، بل هو للأعمّ من ذلك ومن تحصيله، فإنّ المراد من قوله: «لم ينضّ» لم يحصل ولم يتيسّر ويتنجّز.

بل في المسالك ـ في شرح قول المصنّف: ﴿و﴾ كذا تبطل ﴿بالمماطلة﴾ ـ: «والمراد بالمماطل: القادر على الأداء ولا يؤدّي، ولا يشترط فيه مضيّ الثلاثة؛ لأنّها محدودة للعاجز ولا عجز هنا. ويحتمل إلحاقه به؛ لظاهر رواية ابن مهزيار عن الجواد عليه السلام بانتظاره ثلاثة أيّام حيث لم ينضّ الثمن»[1].

وكأنّه أخذه ممّا في جامع المقاصد، فإنّه ـ بعد تفسير المماطل بما عرفت ـ قال: «وهل يتحقّق كونه مماطلاً قبل الثلاثة؟ ظاهر إطلاقهم يقتضي ذلك، ولإشعار رواية ابن مهزيار عن الجواد عليه السلام بانتظاره ثلاثة أيّام حيث لم ينضّ الثمن»[2].

ولكن ليس فيه أنّ الثلاثة تحديد للعاجز كما سمعته من المسالك، بل لم أعرفه لغيره، بل ظاهرهم الاتّفاق على عدمه وأنّه لا شفعة له

---

(١) المصدر السابق.

(٢) تقدّم المصدر آنفاً.

↑ ج ٣٧ / ٢٨١

مع فرض عجزه المتحقّق باعترافه أو بالقرائن أو بغير ذلك حال البيع وإن تجدّد له القدرة بعد ذلك بيسير، بل ظاهرهم سقوطها بتحقّق المماطلة كذلك.

بل ﴿وكذا لو هرب﴾ الذي ذكر فيه في جامع المقاصد[1] والمسالك[2] وغيرهما[3]: «أنّه إن كان قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة له، وإن كان بعده فللمشتري الفسخ» ولا يتوقّف على الحاكم كما حكاه في الثاني[4] منهما عن التحرير؛ لعموم: «لا ضرر ولا ضرار»[5]، ولأنّ الأخذ لمّا كان مبنيّاً على القهر لم يلزم المشتري حكمه، بخلاف ما إذا هرب المشتري عن أداء ثمن المبيع.

نعم، في مجمع البرهان ـ بعد أن ذكر دليل البطلان بالعجز ـ قال: «وكذا دليل البطلان بالمماطلة مع الوجدان، فإنّه كالعجز بل أقبح، وكذا الهرب بعد البيع لئلّا يعطي الثمن معها، ولكن ينبغي أن يكون المراد بالمماطلة والعجز إلى وقت يضرّ بحال المشتري أو البائع عرفاً الصبر إليه ولو كان قليلاً، ويؤيّده: جواز الصبر ثلاثة أيّام مع دعوى غيبة الثمن، وصبر الثلاثة أيّام بعد مدّة الرواح إلى بلد الثمن ومجيئه»[6].

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) تقدّم المصدر آنفاً.

(٣) كتذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٤٩.

(٤) بل حكاه في الأوّل منهما.

(٥) تقدّم في ص ١٧.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الشرائط ج ٩ ص ٢٠.

ولكن فيه أيضاً: أنّه منافٍ لظاهر الأصحاب، فإنّهم اعتبروا في الشفيع القدرة على الثمن، وفرّعوا على ذلك أنّه لا شفعة للعاجز ولا للمماطل ولا للهارب ـ وإن كان هو على ضرب من التجوّز في الأخيرين؛ ضرورة صدق القدرة عليهما ـ ثمّ ذكروا مسألة التأجيل لمدّعي غيبة الثمن، وظاهرهم أنّه متى تحقّق العجز حال البيع لا شفعة، وكذا متى تحقّق المطل والهرب المنافي للفوريّة مع فرض حصوله قبل الأخذ بها بعد تحقّق سببها.

نعم، لولا الأصل السابق قد يناقش في الشرط المزبور على الوجه المذكور ـ إن لم يكن إجماعاً ـ بأنّه لا دليل عليه بحيث يعارض إطلاق ما دلّ على ثبوتها ببيع الشريك نصيبه. نعم، فحوى الحسن المزبور يقتضي التأجيل ثلاثة أيّام مطلقاً، فإن لم يكن ثَمَّ إجماع اتّجه جعلها غاية للجميع.

↑ ج ٣٧ / ٢٨٢

بل ظاهرهم عدم التقييد بالضرر في ثلاثة المصر، وإنّما قيّدوه به لو ادّعى غيبته في بلد آخر الذي هو مضمون الحسن السابق.

قال المصنّف: ﴿ولو ادّعى غيبة الثمن أُجّل ثلاثة أيّام، فإن لم يحضره بطلت شفعته، فإن ذكر أنّ المال في بلد آخر أُجّل بمقدار وصوله إليه وزيادة ثلاثة أيّام ما لم يتضرّر المشتري﴾ ونحوه غيره[1]، بل لا أجد خلافاً بينهم في ذلك، بل عن الغنية ـ بعد

---

(١) كأبي الصلاح في الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١، والعلّامة في التحرير: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٥٩ ـ ٥٦٠، والشهيد في الدروس: الشفعة / درس ٢٧٠ ج ٣ ص ٣٥٩ ـ ٣٦٠.

أن ذكر التأجيل المزبور على الوجه المذكور ـ قال: «هذا إذا لم يؤدّ الصبر عليه إلى ضرر، فإن أدّى إلى ذلك بطلت شفعته؛ بدليل إجماع الطائفة»[١].

نعم، في مجمع البرهان ـ بعد أن ذكر أنّ وجه ذلك نفيه عقلاً ونقلاً ـ قال: «لكنّه غير ظاهر؛ لأنّا نجد وقوعه في الشرع كثيراً، فليس له ضابط واضح، خصوصاً مع وجود النصّ»[٢].

قلت: لا ريب في رجحان العمل بدليله ـ مع فرض تحقّقه بالإحالة على بلد بعيد مثلاً ـ بعد الاعتضاد بما عرفت وأصالة عدم الشفعة التي كان الضرر منشأ مشروعيّتها، وإن كان التعارض بينهما من وجه، والأمر في ذلك سهل.

ثمّ إنّ ظاهر الخبر المزبور: أنّ ابتداء الثلاثة من حين شفعته لا من حين البيع.

والظاهر صدقها مع التلفيق لو وقعت خلال اليوم، كما صرّح به في جامع المقاصد[٣] والمسالك[٤].

وفي الأوّل منهما: «وهل تعتبر الليالي بحيث تلفّق ثلاثة أيّام وثلاث ليالٍ؟ لا تصريح بذلك، ولو قلنا: إنّ مسمّى اليوم شامل للّيل اعتبرت.

---

(١) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٦.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الشرائط ج ٩ ص ٢١.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٦٤.

(٤) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٥.

ج ٣٧ / ٢٨٣ نعم، لو وقع البيع أوّل الليل فالليالي داخلة تبعاً»[١]. وهو جيّد إن لم يرد دخول الرابعة أيضاً تبعاً.

لكن في الثاني منهما: «وتعتبر الثلاثة ولو ملفّقةً لو وقع الإمهال في خلال اليوم، والليالي تابعة للأيّام، فإن وقع نهاراً اعتبر إكمال الثلاث من اليوم الرابع ودخلت الليالي تبعاً. ولو وقع ليلاً أُجّل ثلاثة أيّام تامّة وتمام الليلة من الرابعة كذلك»[٢].

وفيه: أنّه لا حاجة إلى إكمالها مع فرض الصدق بدونها، بل وبدون الأُولى ولكن دخلت تبعاً للأيّام، كدخول المتأخّرة إذا احتيج إلى التلفيق من يومها، كما هو واضح.

ويعتبر في الذهاب إلى بلد المال حصول ما يحتاج إليه عادةً من رفيق وغيره، ولا يجب تحصيله بأُجرة؛ حملاً للإطلاق على المعتاد الذي هو مراعى أيضاً في بقائه أيضاً في نفس البلد لتحصيل المال.

ثمّ إنّ المحكي عن التذكرة[٣] وصرّح به في جامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]: كون المراد ببطلانها ـ على تقدير عدم إحضاره في المدّة المضروبة ـ سقوطها إن لم يكن أخذ، وتسلّط المشتري على الفسخ إن

---

(١) المصدر قبل السابق.

(٢) الهامش قبل السابق.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٤٩.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٦٤.

(٥) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٥.

كان قد أخذ.

قيل: «ولعلّه كذلك؛ لأنّ الحكم بالبطلان إنّما هو مراعاةً للمشتري، فإذا رضي بأخذ الشفيع بالتأخير فقد أسقط حقّه، وليس في إطلاق الرواية ما ينافي ذلك؛ لأنّ غايتها إسقاط حقّ الشفيع من التسلّط على المطالبة، وهو لا يستلزم إسقاط حقّ المشتري من المطالبة بالثمن بعد إجراء الصيغة الناقلة».

«وبالجملة: لا دلالة فيها على بطلان حقّ الشفيع، وعلى تقديره لا ضير فيه أيضاً، وإن هي حينئذٍ إلّا كما ورد في خيار التأخير من بطلان البيع[1] مع إطباق الأصحاب على بقاء الصحّة وثبوت الخيار، لا فساده من أصله».

↑ ج ٣٧ / ٢٨٤

«فما في الكفاية: من أنّ هذا التفصيل غير مذكور في الرواية، محلّ مناقشة إن أراد الردّ بها عليه، وإن أراد عدم استفادة ما ذكره منها فحسن إلّا أنّه لم يستند إليها في ذلك، ولعلّه أخذه ممّا قدّمناه من الحجّة»[2].

وفيه ما لا يخفى من أنّه لا حجّة تقتضي العدول عن ظاهر قوله عليه‌السلام: «بطلت شفعته»[3] وقوله عليه‌السلام: «ولا شفعة له»[4] إلى إرادة نفي اللزوم لا الصحّة بعد تعبير الأصحاب أيضاً بالبطلان الظاهر في

---

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٩ من أبواب الخيار ج ١٨ ص ٢١.

(٢) رياض المسائل: الشفعة / في الشفيع ج ١٤ ص ٧٨ ـ ٧٩.

(٣ و٤) تقدّم في ص ٤٢٦.

الانفساخ لو وقعت وعدم استحقاق لها إن لم تقع، لكن مع بقاء طلب المشتري إرادة الثمن من الشفيع؛ لأنّ ذلك هو ظاهر النصّ.

أمّا لو رضي بالتأخير في ابتداء الأمر أو في أثناء الثلاثة فلا يندرج في النصّ المزبور[١]، فيبقى على ما تقتضيه القواعد من الصحّة، بخلاف ما لو مضت الثلاثة وهو مستمرّ على طلب الثمن فلم يأت به الشفيع، فإنّ ظاهر النصّ حينئذٍ عدم الاستحقاق والانفساخ، فلو رضي بعد ذلك لم يجد في ثبوت حقّ الشفعة أو في بقاء الثمن في ذمّة الشفيع، كما لو كان في الابتداء مثلاً.

خصوصاً بعد إمكان الفرق بينها وبين العقد الذي له جهة صحّة ولزوم، بل قاعدة الضرر ونحوها إنّما تزلزل لزومه الذي هو مناط الضرر، ومن هنا ينصرف ما دلّ على نفي الصحّة فيه إلى اللزوم؛ بخلاف الشفعة التي هي أشبه شيء بالإيقاع وباختيار الفسخ واللزوم... ونحو ذلك ممّا لم يجر فيه التعارف المزبور، فبقاء اللفظ على حقيقته حينئذٍ أولى؛ لعدم الصارف عنه.

↑ ج ٣٧ / ٢٨٥

هذا كلّه على القول بعدم مدخليّة دفع الثمن في ملك الشقص، وإلّا فلا ريب في عدم الصحّة، كما تسمع تحقيقه إن شاء الله، والله العالم.

﴿و﴾ لا خلاف ولا إشكال في أنّها ﴿تثبت للغائب﴾ بل عن الخلاف[٢] والتذكرة[٣]: الإجماع عليه، وفي محكيّ الغنية: «يستحقّ

---

(١) الهامش السابق.

(٢) الخلاف: الشفعة / مسألة ٥ ج ٣ ص ٤٣١.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٨٣.

الشفعة من علم بالبيع بعد السنين المتطاولة بلا خلاف وإن كان حاضراً في البلد، وكذلك حكم المسافر إذا قدم من غيبته»[١].

ويدلّ عليه: ـ مضافاً إلى ذلك، وإلى إطلاق الأدلّة ـ خبر السكوني المنجبر بعمل الطائفة عن أمير المؤمنين عليه السلام: «... وصيّ اليتيم بمنزلة أبيه، يأخذ له الشفعة إذا كان له فيه رغبة، وقال: للغائب شفعة»[٢].

ولا فرق نصّاً وفتوى بين طول الغيبة وقصرها، نعم ينبغي تقييده بما إذا لم يتمكّن من الأخذ بنفسه أو وكيله كما صرّح به الفاضل[٣] والشهيدان[٤] والكركي[٥] وغيرهم[٦]، وإلّا فإن أخّر مع إمكان المطالبة كذلك بطلت شفعته كما صرّح به في محكيّ التذكرة[٧].

بل في التحرير: «لو أشهد على المطالبة ثمّ أخّر القدوم مع إمكانه فالوجه بطلان شفعته، وكذا لو لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل فترك»[٨].

---

(١) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٥.

(٢) الكافي: المعيشة / باب الشفعة ح ٦ ج ٥ ص ٢٨١، تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٤ الشفعة ح ١٤ ج ٧ ص ١٦٦، وسائل الشيعة: باب ٦ من كتاب الشفعة ح ٢ ج ٢٥ ص ٤٠١.

(٣) تحرير الأحكام: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٠.

(٤) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٠ ج ٣ ص ٣٦٠، الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤٠٠، مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٦.

(٥) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٠٢.

(٦) كالشيخ في المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٠٩، والسبزواري في الكفاية: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٤٧، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٩٢٨ ج ٣ ص ٧٩.

(٧) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٨٣.

(٨) تحرير الأحكام: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٠.

وكذا لا تسقط شفعته بترك الإشهاد وإن تمكّن منه، فضلاً عمّا لو عجز عنه، أو قدر على إشهاد من لا يقبل قوله، أو على من لم يقدم معه، أو من يحتاج إلى التزكية.

أمّا لو ترك الطلب ـ بمعنى: إنشاء الأخذ قولاً ـ بعد علمه بالحال وعدم تمكّنه من المسير والتوكيل في دفع الثمن، فلم أجد لهم تصريحاً فيه، ولكن ينساق من فحواه عدم بطلان الشفعة؛ لعدم ثبوت الفوريّة على الوجه المزبور، والأصل بقاؤها.

↑ ج ٣٧ / ٢٨٦

ولو كان للغائب وكيل عامّ، ففي التحرير: «فله الأخذ بالشفعة مع المصلحة للغائب، وكذا لو كان وكيلاً في الأخذ وإن لم يكن مصلحة»[١].

وفيه: أنّه لا فرق بينهما في مراعاتها مع الإطلاق، وعدمها مع التصريح.

وفيه أيضاً أنّه «لو ترك هذا الوكيل الأخذ كان للغائب المطالبة بها مع قدومه، سواء ترك الوكيل لمصلحة أو لا»[٢].

وهو كذلك إن لم يكن ذلك منه إسقاطاً لها، مع فرض عموم وكالته ووجود المصلحة فيه.

ومن لم يعلم بالحال كالغائب وإن كان حاضراً، وكذا المريض الذي لا يتمكّن من المطالبة بنفسه ولا بوكيله، ونحوهما المحبوس ظلماً أو

(١) المصدر السابق.

(٢) الهامش قبل السابق.

بحقّ يعجز عنه ، أمّا إذا كان محبوساً بحقّ يقدر عليه فهو كالمطلق .

إلى غير ذلك من الفروع التي ذكروها في المقام ، مضافاً إلى غيرها ممّا هو حاضر في الذهن .

لكن لا يخفى على من تأمّل كثيراً منها : أنّه قد يتوهّم الفرق بين الحاضر والغائب ، حيث ذكروا التأجيل للأوّل بالنسبة إلى إحضار المال بالثلاثة أيّام ـ وأنّه متى انقضت ولم يحضره بطلت شفعته ، سواء كان ذلك لعذر أو لغير عذر ـ بخلاف الغائب ، فإنّه على شفعته مع فرض عدم تمكّنه من القدوم والتوكيل ولو سنين ، سواء قارّ[1] في إنشاء الشفعة أو لم يقرّ[2] .

ج ٣٧ / ٢٨٧

ولعلّه لظهور الحسن المزبور المشتمل على التأجيل بالثلاثة[3] في غيره ، أمّا هو فباقٍ على إطلاق الأدلّة المقتضي لبقاء الشفعة ، والأصل عدم سقوطها .

ولكنّ التحقيق : عدم الفرق بين الحاضر والغائب الذي هو أحد أفراد المطلق ، وإنّما ذكره الأصحاب بخصوصه تبعاً للنصّ عليه ، وإلّا فالحاضر أيضاً إذا فرض كون المانع له عن إحضار الثمن عذر شرعي ـ مثل مرض ، أو حبس بحقّ يعجز عنه . . . أو غير ذلك ـ كان حكمه حكمه . ولا ينافيه الحسن المزبور الظاهر في البطلان من حيث عدم

(١ و٢) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلهما: بادر... لم يبادر.

(٣) تقدّم في ص ٤٢٦.

نضوض الثمن بمعنى عدم تيسّره، لا من جهة أُخرى.

بل قد يقال بجريانه في الغائب؛ على معنى: أنّه ينتظر به ـ زيادةً على زمن قدومه على المتعارف ـ ثلاثة أيّام أيضاً من حيث تيسّر الثمن ونضوضه الذي هو حكم الشفيع في نفسه، كما عساه يومئ إليه تضمّنه ذكر الثلاثة لمن ادّعى غيبة الثمن في بلد آخر، فلاحظ وتأمّل جيّداً؛ فإنّ المسألة غير منقّحة في كلامهم.

والمغمى عليه كالغائب كما في القواعد[1] والتحرير[2] وجامع المقاصد[3] والدروس[4]؛ أي ينتظر إفاقته وإن تطاول الإغماء؛ إذ لا ولاية لأحد عليه فلا يتصوّر الأخذ عنه، كما في الدروس[5] وجامع المقاصد[6]، فإن أخذ أحد لغا، وإن أفاق وأجاز ملك من حين الإجازة لا قبلها، فالنماء للمشتري قبلها.

قيل: «ولعلّه لأنّه لا مجيز له في الحال، فيكون كالصبي الذي لا وليّ له في أحد القولين»[7].

وفيه: أنّه خلاف ما اختاره في البيع من عدم اشتراط هذا الشرط،

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٥.

(٢) تحرير الأحكام: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٣.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٧٥.

(٤) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٠ ج ٣ ص ٣٦١.

(٥ و٦) انظر الهامشين السابقين.

(٧) مفتاح الكرامة: الشفعة / في الآخذ ج ١٨ ص ٤٩٧.

كما أنّ مختاره هناك كون الإجازة كاشفة .

↑ ج ٣٧ / ٢٨٨

ولذا قيل : إنّ ذلك منه بناءً على عدم جريان الفضولي في الشفعة[١].

وفيه : أنّ ما ذكرناه من دليله شامل لها ، على أنّ مقتضاه عدم النقل أيضاً ، والله العالم .

﴿و﴾ كذا لا خلاف[٢] ولا إشكال في ثبوتها لـ﴿السفيه﴾ أيضاً؛ لإطلاق الأدلّة ، بل عن الخلاف : الإجماع على ذلك[٣] ، بل هو مندرج في المحكي من معقد إجماع الغنية على أنّ لوليّ غير كامل العقل أن يأخذ له بالشفعة[٤] .

إلّا أنّ الذي يأخذ له الولي ولو بإجازته له ذلك أو إذنه له فيه على حسب غيره من التصرّفات الماليّة .

ولا ينافي ذلك اقتصار غير واحد[٥] ـ بل الأكثر على ما قيل[٦] ـ على الصبي والمجنون ، وخصوصاً مثل عبارة المتن المذكور فيها ثبوت الشفعة للسفيه ومع ذلك اقتصر في أخذ الولي على الصبي والمجنون ، فإنّ ذلك قد يوهم اختصاص أخذ الولي بهما دونه .

---

(١) المصدر السابق.

(٢) كما في رياض المسائل: الشفعة / في الشفيع ج ١٤ ص ٧٩.

(٣) الخلاف: الشفعة / مسألة ١٨ ج ٣ ص ٤٤٣.

(٤) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧.

(٥) كالعلّامة في التذكرة: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢٣٢.

(٦) كما في مفتاح الكرامة: الشفعة / في الآخذ ج ١٨ ص ٤٧٦ ـ ٤٧٧.

ومن هنا قال في المسالك: «كان على المصنّف جمع الضمير المضاف إلى الولي ليتناول السفيه، لئلّا يتوهّم أنّه يتولّى الأخذ دون الولي، بقرينة تخصيص الطفل والمجنون بأخذ الولي»[1].

قلت: يمكن أن يكون ذلك للفرق بينهما بسلب عبارتهما دونه، فلا يأخذ لهما إلّا الولي، بخلافه فإنّه له الأخذ بنفسه مع إجازة الولي. بل قد يحتمل جواز ذلك له مع رضا المشتري بالبقاء في ذمّته أو إبرائها له، وإن كان هو خلاف ظاهر الأصحاب.

وكذا لا أجد خلافاً بينهم[2] في ثبوتها للمفلّس؛ لإطلاق الأدلّة، وإمكان رضا المشتري بالبقاء في ذمّته أو إبرائها، أو استدانته من غير ماله الذي تعلّق به حقّ الغرماء، أو رضوا هم بدفع ذلك من ماله، وإن كان لا يجب عليهم بل لهم منعه من ذلك بلا خلاف أجده فيه ولا إشكال.

↑ ج ٣٧ / ٢٨٩

وعلى كلّ حال، يتعلّق حينئذٍ حقّهم بالشقص إذا شفع به، كما في غير ذلك من المال المتجدّد له.

نعم، في القواعد[3] والتحرير[4] وجامع المقاصد[5]: ليس للغرماء

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٦.

(٢) يظهر نفي الخلاف من مفتاح الكرامة: (المصدر قبل السابق: ص ٤٩٧).

(٣) قواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٥.

(٤) تحرير الأحكام: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٣.

(٥) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٧٥.

الأخذ بها ولا إجباره عليها وإن بذلوا له الثمن، ولا منعه منه وإن لم يكن له فيه حظّ؛ لأنّه لا ملك له قبل الأخذ ليتعلّق به حقّهم، وكونها حقّاً ماليّاً لا يقتضي التعلّق المزبور للأصل، ولا يجب عليه الاكتساب لهم، ولأنّ ذلك حقّ له، وليس من لوازمه التصرّف فيما تعلّق حقّهم به من ماله، فلا دخل له بذلك وإن لم يكن فيه حظّ له.

ولو أخذ ولم يتيسّر له الثمن ولم يرض المشتري بالصبر كان له الانتزاع منه، ولا ينافيه تعلّق حقّ الغرماء؛ لأنّه انتقل إليه على الوجه المزبور، كما هو واضح.

﴿وكذا﴾ لا خلاف[١] ولا إشكال في ثبوتها أيضاً ﴿للمجنون والصبيّ﴾ بل الإجماع بقسميه عليه[٢]، مضافاً إلى إطلاق الأدلّة وخصوص خبر السكوني المتقدّم[٣] في الثاني منهما.

﴿و﴾ لكن ﴿يتولّى الأخذ﴾ عنهما ﴿وليّهما﴾ كما في غير ذلك من أُمورهما.

نعم، قيّده المصنّف ومن تأخّر عنه[٤] بكون ذلك ﴿مع الغبطة﴾ إلّا أنّه

---

(١) كما في مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الشرائط ج ٩ ص ٢٤، ورياض المسائل: الشفعة / في الشفيع ج ١٤ ص ٧٩.

(٢) ينظر الخلاف: الشفعة / مسألة ١٨ ج ٣ ص ٤٤٣، وغنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧، وتذكرة الفقهاء: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢٣٢، والحدائق الناضرة: الشفعة / في الشفيع ج ٢٠ ص ٣١٣.

(٣) تقدّم في ص ٤٣٥.

(٤) كالعلّامة في القواعد: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٤، والشهيد في اللمعة: كتاب الشفعة ص ١٦٩.

لم نجده في كلام من تقدّم عليه حتّى معقد إجماع الخلاف وغيره، ولعلّه لحظ الرغبة ـ المراد بها المصلحة ـ في الخبر المزبور[١].

وفيه: أنّه يمكن إرادته ذلك في خصوص الوصي، لا مثل الأب والجدّ الذي قد ذكرنا في غير المقام[٢] أنّ المعتبر في تصرّفهما له عدم المفسدة كما هو ظاهر النصوص[٣]، بل عن فخر الإسلام إطلاق ذلك في مطلق الولي[٤]، إلّا أنّ الأصحّ الفرق بينهما وبين الوصي مثلاً، والله العالم.

ج ٣٧ / ٢٩٠

﴿ولو ترك الوليّ المطالبة﴾ بالشفعة مع الغبطة ﴿فبلغ الصبيّ أو أفاق المجنون فله[٥] الأخذ﴾ بلا خلاف[٦] ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه[٧].

---

(١) الهامش قبل السابق.

(٢) في ج ٣٠ ص ٣٤٢ وج ٣٤ ص ١٣٧ وج ٣٥ ص ٤٦٣.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٦ و١١ من أبواب عقد النكاح ج ٢٠ ص ٢٧٥ و٢٨٩، وباب ٢٨ من أبواب المهور ج ٢١ ص ٢٨٧، وباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج ج ٢٦ ص ٢١٩.

(٤) نقله في مفتاح الكرامة: الشفعة / في الآخذ ج ١٨ ص ٤٨٢.

(٥) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: فلهما.

(٦) كما في رياض المسائل: الشفعة / في الشفيع ج ١٤ ص ٨٠.

(٧) نقل الإجماع في غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧، ومفتاح الكرامة: الشفعة / في الآخذ ج ١٨ ص ٤٧٩.

وينظر الخلاف: الشفعة / مسألة ١٩ ج ٣ ص ٤٤٤، والسرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩١، وتذكرة الفقهاء: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢٣٤، وجامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٦٧.

ولا ينافي ذلك التراخي المزبور «لأنّ التأخير لعذر[١]» وهو الصِّبا والجنون، وتقصير الولي لا يسقط حقّهما الثابت لهما حال قصورهما بالنصّ[٢] والفتوى، وإنّما المتجدّد لهما عند الكمال أهليّة الأخذ لا أصل الحقّ. بل لو عفا الولي في الحال المزبور لم يمض عفوه حتّى من الأب والجدّ مع فرض مفسدة في ذلك للمولّى عليه.

كما لا ينافيه أيضاً الضرر على المشتري بطول الانتظار؛ إذ هو كالاجتهاد في مقابلة إطلاق النصّ والفتوى، خصوصاً بعد أن كان هو السبب في إدخال الضرر على نفسه بذلك، وخصوصاً بعد ثبوت مثله في الغائب.

بل لعلّ الأقوى جواز تجديد الولي الأخذ وإن ترك سابقاً أو عفا، كما صرّح به بعضهم[٣]؛ لبطلان تركه وعفوه فلا يترتّب على أحدهما أثر، وليس هما من التراخي المسقط للشفعة قطعاً؛ لأنّ تقصيره السابق بمنزلة عدمه بعد فرض بقاء حقّ الشفعة للمولّى عليه.

اللّهمّ إلّا أن يكون بذلك فاسقاً على وجهٍ ترتفع به ولايته، وفيه منع واضح، وعلى تقديره يمكن عودها بالتوبة حينئذٍ. فاستشكال بعضهم في ذلك بالنسبة إلى الولي خاصّة ـ دون الطفل مثلاً عند بلوغه فإنّ له

---

(١) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: للعذر.

(٢) انظر خبر السكوني المتقدّم في ص ٤٣٥.

(٣) كالعلّامة في التحرير: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٢، وولده في الإيضاح: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٠٣، والكركي في جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٧٤.

ج ٣٧ / ٢٩١

الأخذ[١] ـ في غير محلّه كما هو واضح، والله العالم.

﴿و﴾ على كلّ حال لا غرامة عليه، كما عن بعضهم التصريح به[٢]؛ للأصل وغيره.

نعم ﴿إذا[٣] لم يكن في الأخذ غبطة﴾ حيث تعتبر، أو كان فيه فساد حيث يكون عدمه هو المعتبر ﴿فأخذ الوليّ[٤]﴾ مع ذلك ﴿لم يصحّ﴾ بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنّ الفرض عدم تصرّفه على الوجه المشروع، وكان ضامناً لما دفعه من الثمن، والشقص باقٍ على ملك المشتري، هذا.

وفي جملة من كتب الفاضل[٥] وجامع المقاصد[٦] والروضة[٧] أنّه «لا شفعة لهما بعد الكمال إذا كان الترك من الولي أصلح من الأخذ، أو كان في الأخذ فساد على المولّى عليه».

ولعلّه كذلك إذا كان ذلك لإعسار الصبي ونحوه ممّا يقتضي عدم

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٥.

(٢) تحرير الأحكام: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٢.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: إن.

(٤) في نسخة الشرائع: المولى.

(٥) كتحرير الأحكام: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦١ ـ ٥٦٢، وتذكرة الفقهاء: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢٣٥، وقواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٤، وإرشاد الأذهان: الشفعة / في الشرائط ج ١ ص ٣٨٥.

(٦) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٦٧.

(٧) الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤٠٠.

ثبوت الشفعة له للعجز، بناءً على سقوط الشفعة به كما عرفت، أمّا إذا لم يكن كذلك فيشكل السقوط؛ لإطلاق الأدلّة. ولا ينافيه عدم جواز أخذ الولي المعتبر فيه المصلحة أو عدم المفسدة.

ولعلّه لذا قال في محكيّ الخلاف: «إذا كان للصبي شفعة والحظّ له في تركه، فترك الولي وبلغ الصبي رشيداً، فله المطالبة بالأخذ وله تركه؛ لأنّها حقّه وليس على إسقاطها دليل، وأيضاً جميع العمومات التي وردت في وجوب الشفعة تتناول هذا الموضع، ولا دلالة على إسقاطها بترك الولي»[١].

وهو جيّد جدّاً، بل هو مقتضى كلّ من أطلق: أنّ لهما الشفعة مع الكمال لو ترك الولي، من غير تقييد بما إذا كان ذلك مع الغبطة.

فما في الرياض من أنّه «لا يظهر خلاف في أنّه لو كان الترك لعدم المصلحة لم يكن لهم بعد ارتفاع المانع الأخذ بالشفعة»[٢] في غير محلّه.

ودعوى[٣]: أنّه إذا كان حينئذٍ الحظّ في الترك وجب أن يصحّ كما يصحّ الأخذ، واضحة الفساد؛ إذ ليس من آثار صحّة الترك سقوط حقّ الشفعة للمولّى عليه، بل أقصاه موافقة الشارع فيما قرّره له في الفعل والترك. نعم، لو عفا وأسقط وفرض مصلحة تقتضي صحّة ذلك

↑ ج ٣٧ / ٢٩٢

---

(١) الخلاف: الشفعة / مسألة ٢٠ ج ٣ ص ٤٤٤ ـ ٤٤٥.

(٢) رياض المسائل: الشفعة / في الشفيع ج ١٤ ص ٨٠.

(٣) وردت في مفتاح الكرامة: الشفعة / في الآخذ ج ١٨ ص ٤٨١.

كان من آثارها السقوط ، فلا شفعة لهما بعد الكمال لذلك .

ولو جهل الحال أنّ ذلك كان لمصلحة أو لا ، فهو كباقي تصرّفات الولي ، لكن في القواعد : «فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة ، إلّا أن يكون الترك أصلح»(١) .

وفي جامع المقاصد : «أنّ مقتضاه : أنّ لهما المطالبة مع الجهل ؛ لظهور كون الاستثناء متّصلاً» .

ثمّ قال : «وفيه(٢) لأنّ المطالبة فرع الثبوت حينئذٍ ، والثبوت إنّما يتحقّق مع المصلحة ، والفرض جهالة الحال فلا مقتضي للثبوت ، وهذا وجيه»(٣) .

قلت : مضافاً إلى حمل فعل المسلم أو تركه على الوجه الصحيح ، وخصوصاً الولي الذي لا اعتراض للمولّى عليه إلّا مع العلم بفساد فعله وتركه ، ولولا ذلك لكان المتّجه الثبوت للاستصحاب ، ولا دليل على اشتراط ذلك بترك الولي له مع المصلحة فيه .

ومن ذلك يعلم ما في الروضة ـ تبعاً لما سمعته من جامع المقاصد ـ : «فإن ترك في موضع الثبوت ـ أي مع المصلحة ـ فلهم عند الكمال الأخذ ، لا من ترك لعدم المصلحة . ولو جهل الحال

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٤.

(٢) في المصدر بدلها: «وفي استحقاقهما المطالبة والحال هذه نظر».

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٦٧ (بتصرّف).

ففي استحقاقهم الأخذ نظراً إلى وجود السبب فيستصحب، أم لا التفاتاً إلى أنّه مقيّد بالمصلحة ولم يعلم؟ وجهان، أجودهما الثاني»[١]، والله العالم.

﴿وتثبت الشفعة للكافر على مثله﴾ وإن كان البائع مسلماً بلا خلاف[٢]، بل عن جماعة: الإجماع عليه[٣]؛ لإطلاق الأدلّة وعمومها السالمين عن المعارض، عدا إطلاق الخبر: «ليس لليهودي والنصراني شفعة...»[٤]. المقيّد إجماعاً بإرادة نفيها لهما على المسلم الذي أشار إليه المصنّف بقوله: ﴿ولا تثبت له على المسلم ولو اشتراه من ذمّي﴾ أو غيره، بلا خلاف فيه أيضاً، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي منهما مستفيض إن لم يكن متواتراً[٥]، مضافاً إلى الخبر المزبور، وقوله تعالى: «لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين

↑ ج ٣٧ / ٢٩٣

---

(١) الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤٠٠ ـ ٤٠١.

(٢) كما في الحدائق الناضرة: الشفعة / في الشفيع ج ٢٠ ص ٣١١.

(٣) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الشفعة / في الشرائط ج ٩ ص ٢٦، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٩٢٥ ج ٣ ص ٧٧، والعاملي في مفتاح الكرامة: الشفعة / في الآخذ ج ١٨ ص ٤٧٢ ـ ٤٧٣.

(٤) الكافي: المعيشة / باب الشفعة ح ٦ ج ٥ ص ٢٨١، من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الشفعة ح ٣٣٧٢ ج ٣ ص ٧٨، وسائل الشيعة: انظر باب ٦ من كتاب الشفعة ج ٢٥ ص ٤٠١.

(٥) ينظر الانتصار: مسألة ٢٥٨ ص ٤٥٢ ـ ٤٥٣، والخلاف: الشفعة / مسألة ٣٨ ج ٣ ص ٤٥٣ ـ ٤٥٤، وغنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٤، ومسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٧٨، ومجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الشرائط ج ٩ ص ٢٦.

سبيلاً»[١]، وإلى أنّ «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»[٢]، فلا يقهر الكافر المسلم على أخذ ماله من يده.

﴿وتثبت للمسلم على المسلم والكافر﴾ إجماعاً[٣] أو ضرورةً من المذهب إن لم يكن الدين، والله العالم.

﴿وإذا باع الأب أو الجدّ﴾ وإن علا ﴿عن اليتيم﴾ أو المجنون ﴿شقصه المشترك معه﴾ لمصلحة إنفاق أو غيره ﴿جاز أن يشفعه﴾ كما صرّح به الشيخ[٤] والفاضل في بعض كتبه[٥] وولده[٦] والشهيدان[٧] والكركي[٨] على ما حكي عن بعضهم؛ لإطلاق الأدلّة، بل لا أجد فيه خلافاً.

---

(١) سورة النساء: الآية ١٤١.

(٢) من لا يحضره الفقيه: الفرائض / باب ميراث أهل الملل ح ٥٧١٩ ج ٤ ص ٣٣٤، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب موانع الإرث ح ١١ ج ٢٦ ص ١٤، كنز العمّال: ح ٢٤٦ ج ١ ص ٦٦، الجامع الصغير: ح ٣٠٦٣ ج ١ ص ٤٧٤، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٢٠٥، شرح صحيح مسلم: ج ١١ ص ٥٢.

(٣) نسبه إلى علمائنا ـ في بعض الدعوى ـ في تذكرة الفقهاء: الشفعة / في الآخذ ج ١٢ ص ٢١٢.

(٤) المبسوط: الشفعة / الحيل التي تسقط بها ج ٣ ص ١٥٨.

(٥) تذكرة الفقهاء: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢٣٥، تحرير الأحكام: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٢.

(٦) إيضاح الفوائد: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٠٢.

(٧) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٠ ج ٣ ص ٣٦١، مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٨، الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤٠٠.

(٨) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٦٥ ـ ٣٦٦.

نعم، في قواعد الفاضل: «وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون وإن كان هو المشتري أو البائع عنهما على إشكال»[١].

بل في مختلفه: الجزم بالعدم في الوكيل على بيع ما يستحقّ الشفعة به، محتجّاً: بأنّ قبول الوكالة رضا منه بالتمليك للمشتري، وحينئذٍ تسقط الشفعة[٢]، بل في جامع المقاصد: توجيه الإشكال المزبور بذلك[٣].

ولكنّه كما ترى؛ ضرورة عدم الدلالة على ذلك، بل لعلّ إيقاع العقد المذكور تمهيد للأخذ بها وتحقيق لسببه، فلا يكون الرضا به مسقطاً لها، بل الرضا بالسبب رضا بالمسبّب، لا أنّ إيجاد العلّة ـ وهي البيع ـ ينافي طلب المعلول وهو الشفعة.

ج ٣٧ / ٢٩٤

﴿و﴾ دعوى: أنّ عدم الشفعة للتهمة له بتقليل الثمن، يدفعها: ـ مع أنّ ذلك منافٍ لائتمانه الشرعي ـ إمكان فرض بيعه على وجهٍ ﴿ترتفع التهمة﴾ بإحضار العدول والحضور عند الحاكم ونحو ذلك[٤] ﴿لأنّه﴾ أي الأخذ بها ﴿لا يزيد عن بيع ماله من نفسه﴾ المعلوم جوازه، فالإشكال في ذلك ـ فضلاً عن الجزم بالعدم ـ في غير محلّه.

وكذا تثبت الشفعة للولد على والده؛ لإطلاق الأدلّة، وإن قال في

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٤.

(٢) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٦٠.

(٣) تقدّم المصدر آنفاً.

(٤) في بعض النسخ بعدها إضافة: و.

جامع المقاصد: «فيه احتمالان، وفي الاستحقاق قوّة»[١].

بل ممّا ذكرنا يعلم: ثبوتها أيضاً للوكيل في البيع والشراء، بل في جامع المقاصد: «أنّ ذلك له قولاً واحداً»[٢]، وإن كان فيه: أنّ المخالف الشيخ فيما حكي من مبسوطه[٣] والفاضل في المختلف[٤] واستشكل فيه في محكيّ التذكرة[٥]؛ لنحو ما سمعته سابقاً، وقد عرفت ضعفه.

لكن لم يظهر لنا الفرق بين الولي والوكيل؛ حيث حكي عن المبسوط: أنّ للأوّل الشفعة بخلاف الثاني[٦]، كما أنّ المحكي عنه في التذكرة: الجزم بها للأوّل والتوقّف فيها في الثاني[٧]. ونحوه الكلام في العبد المأذون.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿هل ذلك للوصيّ؟ قال الشيخ﴾ في مبسوطه: ﴿لا﴾ يجوز له ذلك ﴿لمكان[٨] التهمة﴾ ولفظه: «إذا باع وليّ اليتيم حصّته من المشترك بينه وبينه لم يكن له الأخذ بالشفعة إلّا أن يكون أباً أو جدّاً؛ لأنّ الوصي متّهم، فيؤثر تقليل الثمن، ولأنّه ليس له

---

(١) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٦٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٤٢.

(٤) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٦٠.

(٥) تذكرة الفقهاء: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢٣٦.

(٦) المبسوط: الشفعة / الحيل التي تسقط بها ج ٣ ص ١٤٢ و١٥٨.

(٧) تذكرة الفقهاء: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢٣٥ و٢٣٦.

(٨) أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: لإمكان.

أن يشتري لنفسه، بخلاف الأب والجدّ»[١].

ولكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه، ولذلك قال المصنّف: ﴿ولو قيل بالجواز كان أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده ﴿كالوكيل﴾ الذي قد عرفت الحال فيه، بل جزم به الفاضل في بعض كتبه[٢] والشهيدان[٣] والكركي[٤] لما عرفته، بل عن ظاهر المختلف: الإجماع على أنّه يجوز للوصي أن يشتري لنفسه كالأب والجدّ[٥].

↑ ج ٣٧ / ٢٩٥

وفي جامع المقاصد[٦] والمسالك[٧]: «لا بحث في الصحّة إذا رفع أمره إلى الحاكم فباع فأخذ بالشفعة؛ لارتفاع التهمة حينئذٍ».

وهو جيّد لو انحصر مستند الشيخ في ذلك، وقد سمعت التعليل به وبغيره، وإن كان هو فاسداً كما عرفت، والله العالم.

﴿وللمكاتب﴾ المشروط والمطلق ﴿الأخذ بالشفعة﴾ بلا خلاف[٨]

---

(١) المبسوط: الشفعة / الحيل التي تسقط بها ج ٣ ص ١٥٨ (بتصرّف).

(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٤، تحرير الأحكام: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٢.

(٣) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٠ ج ٣ ص ٣٦١، مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٨.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٦٦.

(٥) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٦١.

(٦) المصدر قبل السابق.

(٧) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٨٨.

(٨) صرّح بالحكم في المبسوط: الشفعة / الحيل التي تسقط بها ج ٣ ص ١٥٧، وتحرير الأحكام: الشفعة /في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٣، والدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٠ ←

ولا إشكال؛ لانقطاع سلطنة المولى عنه بالنسبة إلى ذلك ﴿و﴾ حينئذٍ فـ ﴿لا اعتراض لمولاه﴾ عليه حتّى لو كان هو البائع أو المشتري.

ولو باع المكاتب شقصاً على المولى ببعض مال الكتابة ثبتت الشفعة لشريكه، فإن كان مشروطاً وفسخت الكتابة فالأولى بقاء الشفعة اعتباراً بحال البيع، وربّما احتمل[1] سقوطها لخروجه بذلك عن كونه مبيعاً، والأوّل أصحّ.

﴿ولو ابتاع العامل في القراض شقصاً وصاحب المال شفيعه﴾ لأنّه مشترك بينه وبين غيره ﴿فقد ملكه بالشراء﴾ مع فرض عدم الربح ﴿لا بالشفعة﴾ بلا خلاف أجده فيه بيننا ولا إشكال؛ لأنّ العامل كالوكيل عن المالك، فكلّ ما يشتريه للقراض هو ملك لربّ المال، فلا يتصوّر شفعة له حينئذٍ في ماله؛ إذ الملك لا يملك من جهتين. واستحقاقه القصاص على عبده لو جنى عليه ليس ملكاً لملكه.

فما عن الكركي في بعض حواشيه المكتوبة بخطّه على جامع المقاصد من أنّه «لا يمتنع أن يستحقّ الملك بالشراء ثمّ بالشفعة؛ إذ لا يمتنع اجتماع العلّتين على معلول واحد، لأنّ علل الشرع معرّفات»[2].

← ج ٣ ص ٣٦٠، ومسالك الأفهام: (الهامش السابق: ص ٢٨٨ ـ ٢٨٩).

(١) كما في تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٩٩.

(٢) لم يُشر إلى هذه الحواشي في النسخة المعتمدة لدينا من جامع المقاصد.

واضح الفساد ـ وإن كان ستسمع اختيار مثله من المصنّف والفاضل وغيرهما في الفروع على القول بالكثرة ـ ضرورة عدم وجود العلّة بعد أن كان الشراء له بالوكالة عن العامل، والفرض ظهور أدلّة الشفعة بل صراحتها في بيع الشريك حصّته من غير من له الشفعة، كما هو واضح.

↑ ج ٣٧ / ٢٩٦

﴿و﴾ حينئذٍ فلو أراد المالك الاختصاص به بأن يفسخ المضاربة فيه ﴿لا اعتراض للعامل إذا[1] لم يكن ظهر[2] ربح، و﴾ لكن ﴿له المطالبة بأُجرة عمله﴾ المحترم، كما في غير ذلك من أعيان المضاربة.

وإن لم يختر المالك الفسخ بقيت المضاربة بحالها، وليس للعامل أُجرة بل له شرطه من الربح، ولا يلزم من ملك صاحب المال له الفسخ؛ فإنّ جميع مال القراض مملوك له، وذلك كلّه واضح من قواعد الشفعة والمضاربة.

فمن الغريب ما عن المبسوط: من عدم الترجيح في المسألة، والاقتصار على نقل أقوال ثلاثة فيها، أحدها: ما عرفته، والثاني: أنّه يأخذه بالشفعة، والثالث: عدم أخذه بها ولا بغيرها[3]. وكأنّها للعامّة، ولا وجه للأخيرين منها فيما فرضناه من موضوعها.

نعم، لو ظهر الربح للعامل في المبيع، وقلنا بملكه بذلك على وجهٍ يكون شريكاً للمالك بمقدار ما يخصّه من الربح، فالمتّجه الموافق

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: إن.

(٢) في نسخة الشرائع أُضيف بعدها «فيه» مجعولةً في نسخة المسالك بين معقوفتين.

(٣) المبسوط: الشفعة / الحيل التي تسقط بها ج ٣ ص ١٥٧ ـ ١٥٨.

لقواعد المضاربة أنّه حينئذٍ يكون شريكاً في الشقص مع صاحب المال، سواء فسخ المضاربة أم لا.

وليس لصاحب المال أن يأخذ نصيب العامل من الربح بالشفعة أيضاً؛ لأنّ العامل لم يملكه بالشراء الذي هو شرط ثبوت الشفعة، وإنّما ملكه بظهوره سواء قارن الشراء أم تأخّر.

نعم، لو فرض أنّ ما اشتراه به من الثمن قد ظهر فيه الربح، وقلنا بملكه به على وجهٍ صار شريكاً، اتّجه حينئذٍ كون المبيع مشتركاً بينه وبين المالك بالبيع، بل اتّجه أخذ المالك فيه بالشفعة.

أمّا في الفرض فلا ملك للعامل بالبيع وإن كان الربح مقارناً؛ لأنّ ملكه طارئ على ملك ربّ المال، فالبيع لم يفد إلّا ملك ربّ المال بأجمعه للمبيع؛ لأنّ الثمن له.

ج ٣٧ / ٢٩٧

ثمّ إنّ العامل يملك ولو على جهة الترتّب الذاتي، وحينئذٍ فليس ذلك من أسباب استحقاق الشفعة؛ لاختصاص موردها بالبيع نصّاً وفتوى.

وليس لصاحب المال قطع تسلّط العامل على الحصّة بالفسخ وردّه إلى الأُجرة، كما تسمعه من بعض الشافعيّة، بل يستقرّ ملكه عليها إن لم يتجدّد ما يبطله كخسارة المال لا غير؛ لأصالة بقاء ملكه عليه إلّا بوجه ناقل شرعاً، وهو منتفٍ هنا.

وهذا هو حاصل ما في الدروس: «وليس للمالك أخذ ما اشتراه

العامل بالشفعة، بل له فسخ المضاربة فيه، فإن كان فيه ربح ملك العامل نصيبه، وإلّا فله الأُجرة»[١].

لكن في قواعد الفاضل: «ويملك صاحب مال القراض بالشراء، لا بالشفعة إن لم يكن ربح أو كان؛ لأنّ العامل لا يملكه بالبيع، وله الأُجرة»[٢].

وربّما استظهر[٣] منه: أنّ للمالك الاختصاص بالعين على كلّ حال، وأنّه ليس للعامل إلّا الأُجرة وإن كان قد ظهر الربح.

ولذا حكى في جامع المقاصد النظر فيه عن حواشي الشهيد: بأنّ فتوى المصنّف ملك الربح بالظهور، وحينئذٍ يملك العامل حصّة من الشقص ويكون شريكاً، قال: «ثمّ أجاب بما لا يدفع السؤال، ثمّ اعترف بورود السؤال»[٤].

قلت: قد يدفع: بأنّ المراد استحقاق الأُجرة مع الفسخ وعدم ظهور الربح، كما عساه يشعر به قوله: «لأنّ العامل...» إلى آخره، المراد منه: أنّه وإن كان ربح ويملكه العامل إلّا أنّ ملكه له بسبب اقتضاء عقد المضاربة ذلك، لا البيع الذي لم يحصل منه إلّا ملك ربّ المال للجميع باعتبار كون الثمن ملكاً له، وملك العامل طارئ عليه، فلا شفعة له

↑ ج ٣٧ / ٢٩٨

(١) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٠ ج ٣ ص ٣٦٠.
(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٤.
(٣) ينظر جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٧٠.
(٤) المصدر السابق: ص ٣٦٩.

بملك العامل؛ لأنّه لم يملكه بالبيع الذي هو عنوان الشفعة، وإنّما ملكه بظهور الربح، والذي ملكه بأجمعه أوّلاً بالبيع إنّما هو ربّ المال، فلا يتصوّر له شفعة على كلّ حال.

بل يشهد لذلك أيضاً ما في تحريره، قال فيه: «ولو اشترى المضارب بمال القراض شقصاً في شركة ربّ المال، فليس لربّ المال فيه شفعة على الأقوى؛ لأنّ الملك له. ولو كان فيه ربح فكذلك، سواء قلنا: إنّ العامل يملك بالظهور أو بالإنضاض؛ لأنّه شراء مأذون فيه. وإن لم يكن ظهر ربح لم يكن للعامل اعتراض ولو[1] كان له الأُجرة عن عمله»[2].

أي: لا اعتراض له عليه لو أراد فسخ المضاربة والاستبداد بالشقص وإن كان له حينئذٍ أُجرة عمله، كما في غيره من أعيان المضاربة مع فرض عدم الربح، أمّا معه فله نصيبه.

وحينئذٍ فينزّل ما في القواعد على إرادة هذا المعنى، وكأنّهم أهملوه اتّكالاً على قواعد المضاربة.

ولعلّ هذا أولى من دفعه بما في التذكرة عن بعض الشافعيّة من الوجه الثالث في المسألة[3]؛ وهو أنّ للمالك أن يأخذ بحكم فسخ

---

(١) «لو» ليست في المصدر.

(٢) تحرير الأحكام: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٨٣.

المضاربة؛ لأنّه لمّا امتنع استحقاقه الشفعة فلا أقلّ من أن يستحقّ قطع سلطنة العامل عن الشقص؛ لأنّه ممكن، فلا يلزم من امتناع الشفعة لامتناعها انتفاء هذا، كما نقول فيما إذا جنى المرتهن على عبد المولى، فإنّه يكون للمولى فكّه من الرهن بسبب الجناية، وحينئذٍ فيكون على صاحب المال أُجرة المثل عن عمله لكونه محترماً سواء ظهر فيه ربح أو لا.

إذ يرد عليه: أنّ فسخ المالك إذا طرأ على المضاربة لا يسقط استحقاق العامل من الربح الذي ثبت استحقاقه؛ لأنّ الفسخ إنّما يؤثّر بالنسبة إلى مستقبل الزمان لا فيما مضى.

↑ ج ٣٧ / ٢٩٩

فيجب أن يقال: إن ظهر ربح فللعامل حقّه منه إن قلنا: يملكه بالظهور، وإلّا فله الأُجرة، وهو المطابق لما سمعته من الدروس.

والمناقشة(١) فيه: بأنّ هذا الحكم آتٍ في جميع أقسام المضاربة، فلا خصوصيّة لكون الشقص مشفوعاً في ثبوت الفسخ.

يدفعها: أنّه لا مانع من كون الحكم كذلك؛ إذ لم يظهر من أحد أنّ لما هاهنا خصوصيّة، بل يمكن إيكال ما في بعض العبارات من الإجمال إلى وضوح الأمر بملاحظة قواعد المضاربة.

وكأنّ الذي دعاهم إلى ذكر الفرع: أنّ الشيخ في المبسوط ذكره وذكر فيه أقوالاً ولم يرجّح أحدها، فأرادوا تنقيح ذلك على قواعد

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٠.

الإماميّة تعريضاً بما سمعته من بعض الشافعيّة، هذا.

ولكن في جامع المقاصد: «يمكن الجواب عن السؤال الأوّل: بأنّ العامل وإن استحقّ الحصّة من الربح بالظهور، إلّا أنّ استحقاق الاختصاص بالعين بسبب الشركة سلّط المالك على قطع استحقاقه من العين، فإنّ الشركة هنا إن لم تكن موجبة لاستحقاقه التملّك ـ لكونه مالكاً حقيقةً ـ فلتكن رافعة لتملّك العامل بعض العين، ومتى فات حقّه من الربح استحقّ أُجرة المثل، ولو لم يظهر ربح ففي استحقاق الأُجرة إلى حين الفسخ كلام يأتي إن شاء الله تعالى، وهذا لا بأس به».

«إذا عرفت ذلك فقول المصنّف: (لأنّ العامل لا يملكه بالبيع) تعليل لقوله: (يملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة) على تقدير الربح، ومعناه: أنّ استحقاق العامل متأخّر عن العقد فلا يمكن أخذه بالشفعة، وفيه تنبيه على استحقاق العين والاختصاص بها من دون العامل وإن ظهر ربح؛ لأنّ حقّ المالك ـ وهو الاختصاص بسبب الشركة ـ أسبق، فلا يزيله حقّ العامل الطارئ، بل للمالك فسخ استحقاقه وينتقل إلى أُجرة المثل، وهذا هو تحقيق هذا المحلّ»[1].

↑ ج ٣٧ / ٣٠٠

قلت: لا يخفى عليك ما فيه من أنّه أوّلاً: هو بعينه ما سمعته من بعض الشافعيّة الذي قد اعترف هو بفساده وأورد عليه ما ذكرناه.

وثانياً: أنّ ما ذكره من اقتضاء الشركة قطع سلطنة العامل، لا نعرف

(١) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٧٠.

له وجهاً يطابق أُصول الإماميّة ، فمن الغريب قوله : «إنّ هذا تحقيق هذا المحلّ» .

وما كنّا لنؤثر أن يقع منه مثل ذلك ، وربّما كان التـزام سـوء تـعبير الفاضل وغيره أولى من مخالفة الضوابط الشرعيّة .

وإذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فـللعامل الأخـذ بـها مـع الغبطة ، فإن عفا فللمالك الأخذ .

وهو معنى ما في الدروس من «أنّها تثبت للعامل ، فإن ترك فللمالك الأخذ»[1] .

بل وما في التذكرة من «أنّ للعامل في المضاربة الأخذ بالشفعة إذا بيع شقص في شركة المضاربة؛ فإذا أخذ فإن كان هناك ربح فلا حصّة له في ذلك بل الجميع للمالك؛ لأنّ العامل لا يملكه بالشفعة[2] ، فـالجميع لصاحب المال ، وكذا إن لم يكن ربح ، وللعامل الأُجرة ، ولو ترك كان لربّ المال الأخذ؛ لأنّ المشترى بمال المضاربة له . هذا إذا لم يظهر في الحصّة التي اشتراها المضارب ربح ، ولو كان قد ظهر فيه ربح لم يكن هناك شفعة لا للعامل ولا لربّ المال؛ لزيادة الشركة على اثنين»[3] .

قلت : ضرورة كون العامل حينئذٍ شريكاً ، وربّ المال ، والشـريك البائع في الأرض المزبورة مثلاً .

↑
ج ٣٧
٣٠١

لكن قد يناقش فيما ذكره ـ من عدم شيء للعامل وإن كان ربـح ،

---

(١) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٠ ج ٣ ص ٣٦٠.

(٢) في المصدر بدلها: بالبيع.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٨٢.

وإنّما له الأُجرة ـ بأنّ أخذه بالشفعة إن كان من عمل المضاربة فله ربحه، وإلّا فلا أُجرة له.

وقوله: «لأنّ العامل لا يملك بالشفعة» يدفعه: أنّه لا يملك بها ولا بغيرها من النواقل، وإنّما يملك بظهور الربح، ولم يجز له الأخذ بها إلّا لأنّها من عمل المضاربة وإن كان الملك لربّ المال كالشراء.

ولو كان للعامل الشفعة ـ بمعنى: أنّه اشترى للمضاربة شقصاً له فيه الشفعة لأنّه الشريك ـ كان له مع عدم الربح الأخذ؛ لأنّ ملك الشقص لغيره، وكذا مع الربح إذا لم نقل بملكه بالظهور، أمّا معه فلا شفعة له به؛ لصيرورة بعضه ملكاً له بالظهور، ولا وجه للشفعة بملكه كما سمعته في ربّ المال، والشفعة بما يخصّ ربّ المال منه تبعيض للشفعة.

لكن في التحرير: هنا احتمالان، قال: «ولو كان المضارب شفيعه ولا ربح في المال فله الأخذ؛ لأنّ الملك لغيره، وإن كان فيه ربح وقلنا: لا يملك بالظهور فكذلك، وإن قلنا: يملك بالظهور احتمل الشفعة وعدمها كربّ المال»[1]. ولعلّه لنحو ما سمعته من الكركي سابقاً وتسمعه فيما يأتي من الفروع العشرة.

ثمّ قال: «وإن باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له الأخذ بالشفعة؛ لأنّه متّهم على إشكال»[2]. وفيه: ما عرفت سابقاً من عدم صلاحيّة التهمة مانعاً، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٣٠٢

(١) تحرير الأحكام: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٣.

(٢) المصدر السابق: ص ٦٥٤.

﴿فروع﴾

﴿على القول بثبوت الشفعة مع كثرة الشفعاء﴾

قد جرت العادة بذكرها ـ وإن لم نقل بها ـ تشحيذاً للأذهان، ولأنّه قد ينتفع بها على المختار أيضاً في حال إرث المتعدّدين الشفعة ﴿وهي﴾ كثيرة، وقد اختار المصنّف منها ﴿عشرة[1]﴾:

الفرع ﴿الأوّل﴾:

﴿لو كان الشفعاء أربعة﴾ مثلاً ﴿فباع أحدهم﴾ نصيبه، وقلنا بسقوط حقّه من الشفعة بذلك؛ للشكّ في ثبوتها معه، والأصل عدمه إن لم يكن المنساق من الأدلّة خلافه، خصوصاً بعد ملاحظة أنّ حكمة شرعها قاعدة الضرر، فلا يجري استصحاب بقائها، مع احتماله أيضاً، لكنّ الأقوى الأوّل.

﴿و﴾ حينئذٍ فإذا ﴿عفا آخر﴾ منهم بأن أسقط حقّه من الشفعة ﴿فـ﴾ الذي ذكره غير واحد كالشيخ[2] والفاضل[3] والشهيدين[4] والكركي[5] على ما حكي عن بعضهم ـ بل في المسالك: أنّه المشهور[6]،

(١) في نسخة الشرائع: عشر.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٣ ـ ١١٤.

(٣) تحرير الأحكام: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٤. تذكرة الفقهاء: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٦٦.

(٤) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٥ ج ٣ ص ٣٧٨. مسالك الأفهام: (انظر الهامش بعد اللاحق).

(٥) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٨١.

(٦) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩١.

وإن كـــنّا لم نـتحقّقه قـبل المـصنّف ـ : أنّ ﴿للآخــرين أخـذ المبيع، و﴾ لا تسقط الشفعة بفعل الأوّلين، نعم ﴿لو اقتصرا في الأخذ على حقّهما لم يكن لهما؛ لأنّ الشفعة لإزالة الضرر، وبأخذ البعض يتأكّد﴾.

وفيه أوّلاً: أنّ الضرر هو الذي أدخله على نفسه بإقدامه على شراء ذي الشفعاء المتعدّدين إذا قلنا بتوزيع الشفعة عليهم.

ج ٣٧ / ٢٠٣

وثانياً: أنّ الشفعة حقّ مالي قـابل للـتقسيط والانـقسام، بـل هـو المنساق من قوله عليه السلام : «الشفعة على عدد الرجال»[١]؛ ضرورة أنّ معنى كونها عليهم دون السهام: توزيعها عليهم، ولا معنى للتوزيع إلّا بإرادة تبعيّة شفعة كلّ واحد نصيبه.

وثالثاً: أنّ العفو يقتضي استقرار المعفوّ عنه على ملك المشتري، كما لو عفوا جميعاً.

ورابعاً: قد سمعت سابقاً ما حكاه المرتضى رحمه الله من أنّه «في روايات أصحابنا: إذا سمح بعض بحقوقهم من الشفعة، فمن[٢] لم يسمح بـحقّه على قدر حقّه»[٣].

فالمتّجه حينئذٍ: سقوط حقّ الأوّلين وبقاء حقّ الآخرين، بل ليس

---

(١) تقدّم في ص ٤١٤ و٤١٨.

(٢) في المصدر بدلها: فإنّ لمن.

(٣) تقدّم في ص ٤١٨.

لهما أخذ حقّ الأوّلين بالشفعة لعدم ثبوته لهما، وهو المحكي عن أبي علي[1] والفاضل في موضع من التذكرة[2].

ودعوى: أنّ الشفعة كالخيار لو ورث؛ فإنّه واحد لا يتبع الحصص، فيمضي فسخ الواحد على الجميع وإن لم يرضوا بذلك.

يدفعها: ـ بعد تسليم ذلك ـ وضوح الفرق بينها وبينه؛ بكونه راجعاً إلى فسخ العقد وهو غير قابل للتبعيض، بخلاف الشفعة، فإنّ مرجعها إلى نقل ملك المشتري إلى الشفيع من دون فسخ عقد، ومع فرض تعدّد المستحقّين وكون الاستحقاق على عددهم لا مناص عن القول بالتوزيع على حسب ما ذكرناه.

وعلى كلّ حال، فممّا ذكرنا يعلم حينئذٍ: جريان حكم هذا الفرع على القول بالاتّحاد في صورة الإرث، التي ذكر في المسالك فيها احتمالاً آخر: وهو بطلان حقّ الجميع بعفو البعض بناءً على أنّهم يأخذون الشفعة للمورّث ثمّ يتلقّون منه، فيكون عفو بعضهم بمثابة عفو المورّث عن بعض حقّه[3]، بل هو المحكي عن ابن شريح[4] في أصل المسألة أيضاً[5]، وإن كان هو واضح الفساد.

↑ ج ٣٧ / ٣٠٤

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٧.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٨٥.

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٢.

(٤) ضبط الاسم في المصدر بـ «ابن سريج».

(٥) العزيز: ج ٥ ص ٥٣٢. روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٧٦.

وأوضح فساداً منه: احتمال[١] عدم سقوط حقّ واحد من الأوّلين في أصل المسألة؛ لأنّ الشفعة لا تتبعّض فيغلب جانب الثبوت.

إذ هو ـ مع أنّه كما ترى ـ منافٍ لقاعدة تسلّط الناس على حقوقهم كأموالهم، مضافاً إلى ما سمعته من الخبر المزبور، والله العالم.

﴿و﴾ ممّا ذكرنا يعلم الحال فيما ﴿لو كان الشفعاء غيّباً﴾ كلّهم أو بعضهم ﴿فـ﴾إنّ ﴿الشفعة لهم﴾ على الوجه الذي ذكرناه.

إلّا أنّ المصنّف بناءً على مختاره السابق من عدم تبعيض الشفعة قال: ﴿فإذا حضر واحد فطالب[٢] فإمّا أن يأخذ الجميع أو يترك، لأنّه﴾ ربّما لا يأخذ الغائبان، فتتفرّق الصفقة على المشتري، فهو حينئذٍ بمنزلة أن ﴿لا شفيع الآن غيره. ولو حضر آخر أخذ من الآخر النصف أو ترك﴾ لأنّهما حينئذٍ بمنزلة أن لا شفيع غيرهما ﴿فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك، وإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك﴾.

إلّا أنّ ذلك كلّه ـ مع منافاته لما ذكرناه سابقاً من الأدلّة ـ قد يناقش فيه:

أوّلاً: بأنّ الغيبة لا تسقط حقّ الشفعة، فلا وجه لأخذ الأوّل الجميع ـ على وجهٍ يكون ملكاً له ـ والفرض أنّ له الربع وعدم عفو أحد منهم. واحتمال حصوله بعد ذلك لا يجعل الحقّ تماماً له الآن؛ إذ احتمال

---

(١) كما في مسالك الأفهام: (تقدّم المصدر آنفاً).

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: وطالب.

الكشف لا دليل عليه ، بل ظاهر الأدلّة خلافه . وخوف التبعيض لا يقتضي ثبوت الحكم المزبور ، كما أنّ الأخذ منه بعد ذلك كذلك أيضاً . وبعد الإغضاء ، فاقتضاء احتمال التبعيض إيقاف الحقّ أولى من أن يقتضي التسلّط على حقّ غيره على وجهٍ يكون ملكاً له ، بل هو منافٍ لاشتراك الحقّ بينهم .

ج ٣٧ / ٣٠٥

وثانياً : بأنّ المعلوم من الأدلّة أخذ الشفيع من المشتري ، لا من الشفيع الذي استحقّ الملك بالشفعة لا بالشراء . وتعلّق حقّ الشفيع الغائب فيما شفع فيه إن كان مانعاً من الانتقال فلا وجه لأخذ الأوّل الجميع بها ، وإن لم يكن مانعاً فلا دليل على فسخ ما ملكه الشفيع الأوّل الذي مقتضى الأصل لزومه . بل قد يقال : إنّ أخذ الثاني من الأوّل تبعيض لما أُخذ بالشفعة أيضاً ، ولا دليل عليه ، بل هو مقتضى ما ذكروه أنّه لابدّ للحاضرين من الاجتماع وشفعتهم في الشقص أجمع إذا أرادوا الاشتراك بها من المشتري ، وإلّا فمتى ترتّبوا لم يحصل ذلك؛ لأنّ كلّ واحد منهم لا ينتقل إليه مقدار نصيبه للتبعيض ، والأخذ منه خلاف المفروض الذي هو كون الأخذ من المشتري .

وثالثاً : ما ذكره من التعليل بالتبعيض لا يتمّ إلّا بالنسبة إلى الأوّل ، أمّا من بعده فاقتصاره على نصيبه لا يضرّ بالمشتري؛ لأنّ الشقص قد أُخذ منه تامّاً على التقديرين ، بخلاف اقتصار الأوّل على حصّته ، فإنّها تفرّق الصفقة على المشتري .

ومن هنا احتمل على هذا في القواعد[1] والدروس[2] وجامع المقاصد[3] تخيير الثاني بين أن يأخذ النصف أو الثلث، فإذا قدم الثالث ووجدهما قد تساويا في الأخذ أخذ الثلث منهما على السويّة، وإن وجد الثاني قد اقتصر على الثلث تخيّر بين أن يأخذ من الأوّل نصف ما في يده ـ وهو تمام حقّه ـ ولا يتعرّض للثاني، وبين أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده؛ لأنّه يقول: ما من جزء إلّا ولي منه ثلثه، فإن ترك الثاني حقّه حيث لم يشاطر الأوّل فلا يلزمني أن أترك حقّي.

ثمّ له أن يقول للأوّل: ضمّ ما معك إلى ما أخذته لنقسّمه نصفين؛ لأنّا متساويان في الحقّ.

وحينئذٍ فتصحّ قسمة الشقص من ثمانية عشر؛ لأنّا نحتاج إلى عدد له ثلث ولثلثه ثلث، وأقلّه تسعة، يحصل منها ثلاثة في يد الثاني وستّة في يد الأوّل، ثمّ ينزع الثالث من يد الثاني واحداً ويضمّه إلى الستّة التي في يد الأوّل يكون سبعة يقتسمانها بينهما، وهي لا تنقسم على اثنين، فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر، للثاني منها أربعة، وهي مضروب الاثنين اللذين بقيا له في اثنين، تبقى منها أربعة عشر، لكلّ واحد من الأوّل والثالث سبعة، وإذا كان ربع الدار ثمانية عشر كان جملتها اثنين وسبعين.

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٨ ـ ٢٤٩.

(٢) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٥ ج ٣ ص ٣٧٨.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٨٨ ـ ٣٨٩.

وفيه أوّلاً : أنّ عدم حصول التبعيض بأخذه لا يقتضي التخيير المزبور ، بل يقتضي الاقتصار على حقّه أو المشاطرة مع الأوّل لاحتمال عدم أخذ الغائب ، كما جزم به في جامع المقاصد[1] وهو ظاهر المصنّف .

وثانياً : أنّه مع أخذه مقدار حقّه مشاعاً لا تسلّط للشريك عليه؛ إذ لا زيادة له عنده .

كلّ ذلك بعد البناء على أنّ الشركاء ثلاثة كما فرضها في القواعد[2] حتّى يكون حقّه الثلث ، أو يراد الثلث بعد حقّ الأوّل ، فينطبق حينئذٍ على مثال المتن .

وعلى كلّ حال ، هو واضح الضعف لا ينطبق على قواعد الإماميّة ، وإنّما هو مناسب لمذاق العامّة .

واحتمل أيضاً[3] : أن لا يأخذ الثالث من الثاني شيئاً ، بل يأخذ نصف ما في يد الأوّل ، فيقسّم المشفوع أثلاثاً ، بناءً على أنّ فعل الثاني لا يعدّ عفواً عن السدس ، بل اقتصاراً على حقّه ، وإلّا لاتّجه بطلان حقّه؛ لأنّ العفو عن البعض عفو عن الكلّ على قول ، وإنّما أخذ كمال حقّه ، مع أنّه قد قال بعضهم بسقوط حقّه ، لكونه قد عفا عن بعضه .

↑ ج ٣٧ / ٣٠٧

ولكنّه في غاية الضعف .

ولعلّ الاحتمال المزبور هو الموافق لما قلناه بناءً على أنّ الشركاء

---

(١) المصدر السابق: ص ٣٨٩.

(٢) تقدّم المصدر آنفاً.

(٣) كما في مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٣.

ثلاثة، أو يأخذ نصفاً ممّا في يده بعد إخراج ربعه حتّى ينطبق المختار على مثال المتن، والله العالم.

الفرع[١] ﴿الثاني﴾:

﴿لو امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعة﴾ للأصل وغيره ممّا عرفت ﴿و﴾ لكن على ما ذكرنا ﴿كان للغائب[٢]﴾ قدر استحقاقه، وعلى ما ذكره المصنّف وغيره[٣] له ﴿أخذ الجميع﴾ أو الترك.

﴿وكذا لو امتنع ثلاثة أو عفوا كانت الشفعة بأجمعها للرابع إن شاء﴾ على مختار المصنّف والجماعة، وأمّا على ما قلناه فله الربع خاصّة، والله العالم.

الفرع[٤] ﴿الثالث﴾:

﴿إذا حضر أحد الشركاء فأخذ﴾ الجميع ﴿بالشفعة﴾ بناءً على ما سمعته من المصنّف ﴿و﴾ غيره، فـ﴿ـقاسم﴾ وكلاء الغائبين فإنّ له ذلك؛ لأنّ الحقّ الآن مختصّ به ﴿ثمّ حضر الآخر﴾ الغائب ﴿فـ﴾ إن عفا استمرّت القسمة، وإن ﴿طالب﴾ وأخذ ففي القواعد[٥] وغيرها[٦]:

(١ و٤) جعلت جزءً من متن نسخة الشرائع.

(٢) في نسخة المسالك: للغيّب.

(٣) كالعلّامة في القواعد: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٩.

(٥) المصدر السابق.

(٦) كالدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٥ ج ٣ ص ٣٧٩، ومسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٤.

﴿فسخ القسمة﴾ إن شاء ﴿وشارك الأوّل﴾ لأنّ حقّه شائع في المأخوذ وفي باقي السهام.

ولكن قد يناقش: بأصالة بقاء القسمة الواقعة بينه وبين الوكلاء؛ إذ المستحقّ هو حينئذٍ، والغائب حقّه متجدّد فيما أخذه الأوّل، فلا وجه للتسلّط على فسخ القسمة، ولذا بناءً على ما ذكرناه إذا أخذ حصّته وقاسم مع وكلاء الغائبين لم يكن لأحد منهم الفسخ.

﴿وكذا لو ردّه الشفيع الأوّل﴾ أي ما شفع فيه وهو الجميع على مختار المصنّف ﴿بعيب ثمّ حضر الآخر كان له الأخذ﴾ للجميع، كما صرّح به الفاضل[1] والكركي[2] وثاني الشهيدين[3] ﴿لأنّ الردّ﴾ المزبور أبطل الأخذ من أصله، فكان ﴿كالعفو﴾ الذي قد عرفت أنّ حكمه ذلك.

وعن محمّد بن الحسن الشيباني: أنّه يختصّ الثاني بأخذ حصّته خاصّة[4]؛ لأنّ الأوّل أسقط حقّ الثاني ممّا زاد على حصّته، وردّه بالعيب أحدث ملكاً جديداً للمشتري بعد أن خرج عنه، فلا يكون كالعفو، بل كعوده إلى المشتري ببيع أو هبة. واحتمله الفاضل في القواعد[5].

---

(١) تحرير الأحكام: الشفعة / في المستحقّ ج ٤ ص ٥٦٦، قواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٩، تذكرة الفقهاء: الشفعة / تفاريع القول بالشفعة ج ١٢ ص ٣٤٣.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٨٩.

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٤.

(٤) حلية العلماء: ج ٥ ص ٢٩٦.

(٥) قواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٩.

ولكن لا ريب في ضعفه؛ ضرورة أنّ الردّ أوجب فسخ الأخذ ولم ينشئ سبباً جديداً للملك، فلا يساوي عوده بالعقد.

وأمّا على المختار فليس للآخر إلّا نصيبه، كما أنّه ليس للأوّل إلّا ذلك، فإذا فرض ردّ نصيبه كان كالعفو بالنسبة إليه، ولا حقّ للآخر فيه كما هو واضح، والله العالم.

ج ٣٧ / ٣٠٩

الفرع[1] ﴿الرابع﴾:

﴿لو استغلّها الأوّل﴾ أي ظهرت الثمرة ظهوراً تخرج به عن تبعيّة الأصل بعد أخذه وقبل أخذ الثاني ﴿ثمّ حضر الثاني﴾ مثلاً ﴿شاركه في الشقص دون الغلّة﴾ التي ملكها الأوّل بكونها نماء ملكه المنحصر فيه قبل أخذ الثاني، كما أنّ الأوّل لا يملك ما حصل من غلّة الشقص بعد الشراء وقبل الأخذ بالشفعة، بل هو للمشتري.

نعم، لو كان الأوّل وكيلاً عن الثاني وأخذ لهما بالوكالة كان شريكاً له، بل لو قبل ذلك فضولاً وأجاز ـ بناءً على جريان الفضولي في الشفعة ـ كان كذلك أيضاً، كما هو واضح.

فما عن بعض الشافعيّة: من احتمال مشاركة الثاني للأوّل على كلّ حال[2]، في غاية السقوط.

ولا يخفى عليك حكم ذلك بناءً على المختار، والله العالم.

---

(١) جعلت جزءً من متن نسخة الشرائع.

(٢) العزيز: ج ٥ ص ٥٣٤.

الفرع ﴿الخامس﴾:

﴿لو قال الحاضر﴾ ابتداءً مثلاً: ﴿لا آخذ﴾ الجميع بالشفعة ﴿حتّى يحضر الغائب، لم تبطل شفعته﴾ قطعاً بناءً على التراخي.

وأمّا على الفور فالأقوى ـ كما في المسالك[1] ومحكيّ المبسوط[2] والتذكرة[3] ـ أنّه كذلك أيضاً، وفي الدروس: أنّ فيه قوّة[4] ﴿لأنّ التأخير لغرض لا يتضمّن الترك﴾ بحيث ينافي الفوريّة؛ إذ قد لا يسلم له الشقص المشفوع مع فرض اقتضاء الأخذ دفع جميع الثمن الذي قد يكون كثيراً ويصعب عليه تدبيره في تلك الحال، بل الأغراض كثيرة في عدم التعجيل. مضافاً إلى عدم دليل على الفوريّة من النصوص على وجهٍ ينافيه ذلك، فيبقى استصحاب بقائها بحاله.

ج ٣٧ / ٣١٠

﴿و﴾ لكن ﴿فيه تردّد﴾ وإشكال كما في القواعد[5]؛ لما تسمعه من الإجماع المحكي على الفوريّة التي ينافيها ذلك لتمكّنه من الأخذ، ولا أقلّ من الشكّ في كون ذلك عذراً، فإنّ ضرره لا يدفع بضرر المشتري. على أنّك قد عرفت مخالفة الشفعة للأصل، فينبغي الاقتصار فيها على اليقين.

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٦.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٥.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / تفاريع القول بالشفعة ج ١٢ ص ٣٤١.

(٤) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٥ ج ٣ ص ٣٧٨.

(٥) قواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٩.

ولعلّه لذا ربّما مال إليه بعض المحقّقين[١]، وإن كان الأقوى الأوّل.

ولا يخفى عليك عدم جريان الفرع المزبور على المختار، والله العالم.

الفرع ﴿السادس﴾:

﴿لو أخذ الحاضر ودفع الثمن، ثمّ حضر الغائب فشاركه ودفع إليه النصف ممّا دفع إلى المشتري[٢]﴾ وهكذا ﴿ثمّ خرج الشقص مستحقّاً﴾ بعد أن ترتّبوا في الأخذ، فالمشهور كما في المسالك[٣] ﴿كان دركه على المشتري دون الشفيع الأوّل؛ لأنّه كالنائب عنه﴾ أي المشتري ﴿في الأخذ﴾ من الثاني؛ إذ الشفيع إنّما يأخذ من المشترى لهم وإن أخذ بعضهم من بعض ظاهراً، أو كالنائب عن غيره من الشفعاء في الأخذ من المشتري.

وعلى كلّ حال فلا درك عليه؛ لاستحقاقهم جميعاً الشفعة على المشتري وإن ترتّبوا في الأخذ؛ فإنّ الترتّب ـ الذي قد عرفت كونه كالنيابة ـ لا يغيّر هذا الحكم.

ج ٣٧ / ٣١١

ولكن قد يناقش: بأنّ ذلك لا ينطبق على قواعد الإماميّة؛ إذ هو اعتبار محض، ضرورة أنّ أخذ الثاني ليس مبنيّاً عندهم على أخذ

---

(١) كالكركي في جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٩٠، والعاملي في مفتاح الكرامة: الشفعة / في الآخذ ج ١٨ ص ٥٢٥.

(٢) أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسختي الشرائع والمسالك ـ بدلها: البائع.

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٦.

الأوّل، بل يفتقر إلى أخذ جديد وصيغة خاصّة كالأوّل. وملك الأوّل للجميع لا يرتفع من أصله بأخذ مَن بعده، بل من حين الأخذ، ومن ثَمَّ كان مجموع النماء المنفصل له، فكونه كالنائب في محلّ المنع، وخصوصاً في عهدة الثمن؛ فإنّ المشتري لم يتسلّم من غير الأوّل شيئاً، وإنّما الأوّل أخذ من الثاني نصفه، فلا وجه لرجوعه به على المشتري.

ومن هنا حكي عن بعض الشافعيّة: أنّ هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أُجرة ونقص قيمة الشقص، وأمّا الثمن فكلٌّ يستردّ ما سلّمه ممّن سلّمه إليه بلا خلاف[1]، بل عن التذكرة: أنّه المعتمد[2]، كما عن الكركي: أنّه استجوده[3]، وفي المسالك: استحسنه[4].

ولكنّ الإنصاف: أنّ التفصيل المزبور لا يخلو من نظر أيضاً؛ ضرورة كون المفروض ـ مع ملاحظة ملك كلّ منهم من الآخر حقيقةً ـ يكون كترتّب المشترين بعضهم من بعض من غير فرق بين الثمن وغيره، وإلّا كان كالنائب فيهما.

ولا يخفى عليك: أنّ الأوّل أوفق بالقواعد، كما لا يخفى عليك سقوط الفرع المزبور على المختار، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٣١٢

---

(١) روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٧٨.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة / تفاريع القول بالشفعة ج ١٢ ص ٣٤٠ ـ ٣٤١.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٩١.

(٤) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٧.

الفرع ﴿السابع﴾ :

﴿لو كانت الدار بين ثلاثة﴾ مثلاً ﴿فباع أحدهم من شريكه﴾ ففي محكيّ الخلاف(١) في موضع منه والدروس(٢) : ﴿استحقّ الشفعة الثالث دون المشتري؛ لأنّه لا﴾ يعقل أن ﴿يستحقّ﴾ الإنسان ﴿شيئاً على نفسه﴾ ولظهور أدلّة الشفعة في غيره أو صراحتها ، فإنّ قوله عليه السلام : «... فشريكه أحقّ من غيره بالثمن»(٣) صريح في غير المشتري؛ إذ لا يصدق عليه نفسه أنّه غيره .

مضافاً إلى ظهورها أجمع في تعدّد المشتري والشفيع والبائع ، على وجهٍ يقتضي أنّ ذلك هو موضوع الشفعة الثابت من الشرع؛ لاشتمالها على ذكر ذلك في مقام الضابط والبيان على نحو القيود التي تذكر في التعريف . وحينئذٍ فإمّا أن يأخذ الجميع بها أو يترك؛ لئلّا تتبعّض الشفعة .

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي من مبسوطه(٤) وموضع من خلافه(٥) : ﴿يكون بينهما﴾ وحينئذٍ فهو ـ أي الشريك ـ مخيّر بين أخذ نصف المبيع أو تركه لا جميعه ، كما في المسالك(٦) وغيرها(٧) .

---

(١) الخلاف: الشفعة / مسألة ٢٦ ج ٣ ص ٤٤٧.

(٢) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٥ ج ٣ ص ٣٧٩.

(٣) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٤) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٣٨.

(٥) الخلاف: الشفعة / مسألة ٣٥ ج ٣ ص ٤٥٢.

(٦) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٨.

(٧) كمفتاح الكرامة: الشفعة / في الآخذ ج ١٨ ص ٥٠٧.

ثمّ قال فيها: «فإن قال المشتري: خذ الكلّ أو اترك الكلّ وقد تركت أنا حقّي، لم يلزمه الإجابة، ولم يصحّ إسقاط المشتري الشفعة؛ لأنّ ملكه مستقرّ على النصف بالشراء، فأشبه ما إذا كان للشقص شفيعان حاضر وغائب فأخذ الحاضر الجميع ثمّ عاد الغائب، فإنّ له أن يأخذ نصفه، وليس للحاضر أن يقول: اترك الكلّ أو خذ الكلّ وأنا تركت حقّي. ولا نظر إلى تبعّض الصفقة عليه، فإنّه لزم من دخوله في هذا العقد»[1].

ج ٣٧ / ٢١٣

قلت: قد يناقش: بأنّ الشفعة من الأسباب الاختياريّة في نقل الملك لا القهريّة، وحينئذٍ فمع فرض عدم اختيارها لا مانع من سقوطها. واستقرار ملكه على المشفوع من حيث الشراء لا ينافي سقوط استحقاقه إيّاه من جهة الشفعة. وحينئذٍ يكون بمنزلة عفو أحد الشفيعين، فيُلزم الثالث بأخذ الجميع أو تركه حذراً من تبعّض الشفعة؛ إذ لا شفيع حينئذٍ غيره.

وعلى كلّ حال، فقد مال إلى القول المزبور المصنّف بقوله: ﴿ولعلّه أقرب﴾ ونحوه الفاضل في المختلف[2]، بل في جامع المقاصد: أنّه أصحّ[3]، بل قيل: «إنّه الظاهر من التذكرة أيضاً»[4].

وكأنّه لاشتراكهما في العلّة الموجبة للاستحقاق، ولا يمتنع أن

---

(١) المصدر قبل السابق: ص ٢٩٨ ـ ٢٩٩.

(٢) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٨.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٨٠ ـ ٣٨١.

(٤) مفتاح الكرامة: الشفعة / في الآخذ ج ١٨ ص ٥٠٦.

يستحقّ تملّك الشقص بسببين : البيع والشفعة؛ لأنّ علل الشرع وأسبابه معرّفات ، فلا يمتنع أن يجتمع اثنان منها على معلول واحد ، ولأنّ للشفعة أثراً آخر غير استحقاق الملك ، وهو منع الشريك الآخر من تملّك مقدار مشفوعه بالشفعة ، وهذا الأثر لا مانع منه .

إلّا أنّ الجميع كما ترى بعد أن عرفت قصور أدلّة الشفعة عن ثبوتها في الفرض ، بل قيل : «إنّ سبب الاستحقاق بالشفعة مترتّب على سببه بالشراء ومتفرّع عليه ، فليسا معلولي علّة واحدة حتّى يقال : إنّه لا يمتنع تملّك الشقص بسببين ، وإنّ علل الشرع لا يمتنع اجتماعها ، بل إنّما ملكه أوّلاً بسبب الشراء ، وبعد الشراء استحقّه بالشفعة ، فيعود المحذور من كونه يستحقّ تملّك ملكه»[1].

بل قيل : «إنّه على تقدير اجتماع العلّتين بعد الشراء فأثرهما مختلف؛ لأنّ الشراء علّة في نقل الملك إليه من غيره ، والاستحقاق بالشفعة أثره قرار ملكه عليه ، فأحدهما غير الآخر وجوداً وأثراً»[2].

ج ٣٧ / ٣١٤

وإن كان ذلك كلّه لا يخلو من نظر؛ ضرورة عدم المنع من ترتّب الملك على الشراء وترتّب الشفعة عليه ، نحو الانعتاق للقريب المترتّب على ملكه الحاصل بالشراء؛ لأنّ استحقاق الشفعة أمر غير الملك الحاصل من الشراء .

ثمّ إنّ الثمرات المترتّبة على ذلك كثيرة؛ فإنّ للشفعة أحكاماً حتّى

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٢٩٨.

(٢) المصدر السابق.

مع الإقالة عن عقد البيع ، فالعمدة في الجواب ما ذكرناه؛ ولولاه لاتّجه ما ذكره الشيخ والجماعة .

وكأنّهم غفلوا عن أنّ مفاد النصوص ما ذكرنا ، فلا موضوع للشفعة شرعاً؛ لأنّ الفرض مشمول لنصوصها ولكنّ المانع عدم تعقّل استحقاق ذلك على ملكه؛ حتّى يتّجه الجواب عنه بأنّها معرّفات لا علل تامّة .

ومن الغريب : تسالمهم على ما ذكرناه فيما تقدّم من أنّه لو اشترى العامل ما فيه شفعة للمالك ـ معلّلين له : بأنّ المالك يملكه بالشراء لا بالشفعة ـ وقولهم هنا : إنّ الأقرب والأصحّ والأقوى صحّة الشفعة للمشتري نفسه .

وممّا ذكرنا يعلم : أنّه لا وقع لما أُجيب ـ عمّا ذكره المستدلّ بـ«أنّ للشفعة أثراً آخر . . .» إلى آخره ـ بـ«أنّ استحقاق الملك ومنع الشريك معلولا علّة واحدة وهو استحقاق الشفعة ، فيمتنع تخلّف أحدهما عن الآخر ، وقد امتنع أحدهما من جهة استلزامه المحال ، فينبغي أن يمتنع الآخر إلّا مع الدليل المقتضي لذلك»[1].

وكيف كان ، فقد ظهر لك : أنّ القول المزبور في غاية السقوط ، وإن كان لما ذكرناه لا لما ذكروه ممّا هو واضح الاندفاع ، والله العالم .

↑ ج ٣٧ / ٣١٥

الفرع ﴿الثامن﴾ :

﴿لو باع اثنان من﴾ الشركاء مثلاً ﴿ثلاثة﴾ مثلاً ﴿صفقةً،

---

(١) الهامش قبل السابق.

فللشفيع أخذ الجميع وأن يأخذ من اثنين ومن واحد؛ لأنّ هذه الصفقة﴾ وإن كانت واحدة في الصورة إلّا أنّها بسبب تعدّد البائع والمشتري ﴿بمنزلة عقود متعدّدة﴾ فلا تبعيض للشفعة لو اقتصر على الأخذ من واحد فضلاً عن الاثنين؛ إذ هي شفعات متعدّدة، كما لو باع كلّ واحد من كلّ واحد بصيغة مستقلّة.

﴿و﴾ كذا ﴿لو كان البائع واحداً من اثنين كان له﴾ أي الشفيع ﴿أن يأخذ منهما أو[1] من أحدهما﴾ لما عرفت.

ومثله: ما لو كان البائع اثنين من واحد أو من اثنين كما قال المصنّف: ﴿ولو باع اثنان﴾ مثلاً ﴿من اثنين كان ذلك بمنزلة عقود أربعة﴾ ضرورة أنّ كلّ واحد منهما باعتبار بيعه لاثنين كان عقده بمنزلة عقدين.

وحينئذٍ ﴿فللشفيع أن يأخذ الكلّ، وأن يعفو، وأن يأخذ الربع أو النصف أو ثلاثة الأرباع﴾ ولا يشاركه الأوّل في شفعة الثاني ولا هما في شفعة الثالث فيما لو أخذ الجميع دفعةً أو ترتيباً ـ على وجهٍ لا ينافي الفوريّة أو قلنا بعدم اعتبارها ـ بناءً على اعتبار بقاء الملك في استحقاقها كما قدّمناه سابقاً، وإلّا شاركه الأوّل فيهما وهما في الرابع، وهو واضح.

كوضوح كون المسألة من أربعة وعشرين لو أخذ من الثاني خاصّة

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: و.

وقلنا بقسمة الشفعة على السهام، ومن اثني عشر على القول بقسمتها على الرؤوس.

↑ ج ٣٧ / ٣١٦

ومن ثلاثين إن أخذ من الثالث وقلنا بالقسمة على السهام، ومن ثمانية عشر على القسمة على الرؤوس.

وتصحّ من مائة وعشرين ـ بناءً على احتمال مشاركة الأوّل للشفيع وإن زال ملكه ـ في صورة ما لو كان للشفيع نصف العقار المشفوع ولشريكه الآخر الذي باع من الثلاثة نصفه، فباع من كلّ واحد منهم سدساً، وقلنا بكون الشفعة على حسب السهام.

أمّا على القول بأنّها على عدد الرؤوس تصحّ[1] من ستّة وثلاثين، كما أطنب في بيان ذلك في المسالك[2] لما أجمله الفاضل[3] والكركي[4] في ضابط ذلك.

إلّا أنّه لا فائدة مهمّة فيه، وإنّما المراد هنا بيان: أنّه لا تبعيض في الشفعة مع تعدّدها بتعدّد البائع والمشتري، بل قد يقال بتعدّدها أيضاً بتعدّد الثمن[5] وإن كان البائع والمشتري والمبيع واحداً في الظاهر.

وأولى من ذلك بالتعدّد بيع الشقصين من دارين وإن كان البائع

---

(١) الأولى: فتصحّ.

(٢) مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٣٠٤ ـ ٣٠٥.

(٣) قواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٨٥.

(٥) في بعض النسخ: الثمنين.

والمشتري واحداً.

وعلى كلّ حال، فلا تبعيض في ملك كلّ واحد من المشتريين الذي ملكه بعقد واحد حقيقةً، بل هي في الجميع شفعات متعدّدة، وإن كان لا يخلو بعض الأفراد من نظر، خصوصاً مع ملاحظة مخالفة الشفعة للأصل.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ الأدلّة مطلقة، والمتيقّن من تبعيض الشفعة الممتنع هو ما اقتضت الشفعة تفريق ملك الشخص الواحد الذي ملكه بجهة واحدة، دون غيره. وكأنّه المراد من تبعّض الصفقة هنا ولو بمعونة اتّفاقهم ظاهراً على تعدّدها بالتعدّد المزبور، فلا ينافي ذلك جريان حكم الصفقة الواحدة في غير الشفعة في بعض الأفراد إن كان، والله العالم.

ج ٣٧ / ٣١٧

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿ليس﴾ للمشترين ولا ﴿لبعضهم مع الشفيع شفعة؛ لـ﴾ أنّ ﴿انتقال الملك إليهم دفعةً، فيتساوى الآخذ والمأخوذ منه﴾ ومن المعلوم نصّاً وفتوى أنّه يشترط في ثبوت الشفعة لأحد الشريكين على الآخر تقدّم ملك المستحقّ على المستحقّ عليه ﴿و[1]﴾ هو منتفٍ هنا في المشترين بعقد واحد.

نعم، لو كانوا مترتّبين ثبت لبعضهم في الجملة، كما ﴿لو باع الشريك حصّته من ثلاثة في عقود متعاقبة، فله﴾ أي الشفيع ﴿أن

(١) في نسخة الشرائع: فـ.

يأخذ الكلّ، وأن يعفو، وأن يأخذ من البعض﴾ دون الآخر؛ لما عرفته من تعدّد الشفعة بتعدّد المشترين ﴿فـ﴾ ـلا تبعيض.

لكن ﴿إن أخذ من الأوّل لم يشاركه الثاني والثالث﴾ لعدم شركة لهما في وقت شراء الأوّل، فلا شفعة لهما.

﴿وكذا لو أخذ من الأوّل والثاني لم يشاركه الثالث؛ و﴾ ذلك لعدم شركة له وقت شرائهما. نعم ﴿لو عفا عن الأوّل وأخذ من الثاني شاركه الأوّل﴾ لسبق شركته واستقرار ملكه بالعفو.

﴿وكذا لو أخذ من الثالث﴾ وعفا عن الأوّلين ﴿شاركه الأوّل والثاني؛ لاستقرار ملكهما بالعفو﴾.

واحتمال[1]: عدم مشاركة السابق في شفعة اللاحق؛ لأنّ ملكه حال شراء الثاني وإن كان حاصلاً قبل شراء اللاحق ومستقرّاً عند الأخذ بالعفو المفروض، إلّا أنّ ملكه حال شراء اللاحق كان مستحقّاً لأن يؤخذ بالشفعة، فلا يكون سبباً في استحقاقه إيّاها.

يدفعه: أنّ ذلك لا يخرجه عن كونه مالكاً وشريكاً على وجهٍ يندرج في إطلاق الأدلّة، بل لعلّ مقتضاه ثبوتها له أو لهما وإن لم يعف؛ لعدم الدليل على اعتبار استقرار الملك حال أخذ الشفعة، بل إطلاق الأدلّة ينافيه، فتثبت لمن كان ملكه مشتملاً على خيار لغيره قبل أن يفسخ ذو الخيار.

↑ ج ٣٧ / ٣١٨

---

(١) ذكره ـ مع تضعيفه ـ في مسالك الأفهام: الشفعة / في الشفيع ج ١٢ ص ٣٠٢.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ الشفعة على خلاف الأصل، والمتيقّن ثبوتها لمن لم يكن حال حقّه متعلّق الشفعة؛ ومن هنا اعتبر المصنّف العفو، هذا.

وقد تقدّم لنا في بحث ثبوت الشفعة مع الكثرة ما له نفع في المقام عند تعرّضنا لمانعيّة الكثرة اللاحقة[1]، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

الفرع ﴿التاسع﴾:

﴿لو باع أحد الحاضرَين[2] ولهما شريكان غائبان، فـ﴾ قد عرفت في المسألة الأُولى ما اختاره المصنّف والجماعة: من أنّ ﴿الحاضر هو الشفيع في الحال؛ إذ ليس غيره﴾ حاضراً ﴿فإذا أخذ وقدم أحد الغائبين شاركه[3] فيما أخذ الحاضر بالسويّة﴾ لأنّهما لا شفيع غيرهما، أو يأخذ مقدار حصّته على حسب ما عرفته سابقاً.

﴿ولو قدم الآخر شاركهما فيما أخذا[4]، فيكون له ثلث ما حصل لكلّ واحد منهما﴾ كما تقدّم الكلام في ذلك كلّه مفصّلاً[5]، والله العالم.

---

(١) في ص ٤٢٠...

(٢) في نسخة الشرائع بعدها إضافة «شيئاً» مجعولةً في نسخة المسالك بين معقوفتين.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: شارك.

(٤) في نسخة الشرائع: «أخذاه»، وفي نسخة المسالك: «أخذا[ه]».

(٥) في ص ٤٦٤.

الفرع ﴿العاشر﴾ :

﴿لو كانت الدار بين أخوين﴾ مثلاً ﴿فمات أحدهما وورثه ابنان[1]، فباع أحد الوارثين﴾ نصيبه ﴿كانت الشفعة بين العمّ وابن الأخ؛ لتساويهما في الاستحقاق﴾ على وجهٍ كانا شريكين بالسويّة، وإن اختلف سبب الملك الذي لا مدخل له في استحقاق الشفعة.

↑ ج ٣٧ / ٣١٩

خلافاً لبعض العامّة: فجعلها مختصّة بابن الأخ؛ لأنّ ملكه أقرب، باعتبار اتّحادهما في سبب الملك الذي هو الإرث، ولهذا لو ظهر دين على أبيهما بيع ملكهما فيه دون العمّ[2].

وهو كما ترى؛ ضرورة عدم مدخليّة ذلك في استحقاق الشفعة التي عنوان ثبوتها تحقّق الشركة الثابتة هنا بين العمّ وابن الأخ وإن اختلف السبب.

﴿وكذا﴾ الحكم ﴿لو كان وارث الميّت جماعة﴾ إذ لا فرق على التقديرين بين الواحد والجماعة، كما هو واضح، والله العالم.

---

(١) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بعدها إضافة: له.

(٢) الحاوي الكبير: ج ٧ ص ٢٥٥، حلية العلماء: ج ٥ ص ٢٩٩ ـ ٣٠٠، روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٧٤، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٥٢٤ ـ ٥٢٥.

﴿المقصد الثالث﴾

﴿في كيفيّة الأخذ﴾

﴿و﴾ لا إشكال كما لا خلاف[١] في أنّه ﴿يستحقّ الشفيع الأخذ﴾ من المشتري ﴿بالعقد وانقضاء الخيار﴾ لهما أو لأحدهما أو لأجنبي ﴿لأنّه وقت اللزوم﴾ المتيقّن من ثبوت الشفعة المخالفة للأصل.

بل عن الخلاف[٢] والمبسوط[٣] والمهذّب[٤] والغنية[٥]: «لا شفعة في البيع الذي فيه الخيار للبائع أو لهما؛ لأنّ الملك لم يزل عن البائع، أمّا ما لا خيار فيه أو فيه الخيار للمشتري وحده ففيه الشفعة؛ لأنّ الملك قد انتقل عن البائع وصار للمشتري». وهو المحكي عن أبي علي[٦].

ج ٣٧ / ٣٢٠

بل في التحرير: «فيه قوّة؛ لأنّ في الأخذ إسقاط حقّ البائع» وإن قال بعد ذلك: «إنّا في ذلك من المتوقّفين»[٧].

نعم، في الإرشاد: «يستحقّ الشفيع الأخذ بالعقد، وإن اشتمل على خيار البائع فبعد انقضائه»[٨].

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٠٧.

(٢) الخلاف: الشفعة / مسألة ٢١ ج ٣ ص ٤٤٥.

(٣) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٣.

(٤) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٥.

(٥) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٣.

(٦) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٠.

(٧) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٦٩.

(٨) إرشاد الأذهان: الشفعة / في الأحكام ج ١ ص ٣٨٥.

﴿وقيل﴾ والقائل الحلّي[١] والفاضل[٢] وولده[٣] والشهيدان[٤] والكركي[٥] وغيرهم[٦] على ما حكي عن بعضهم: يستحقّ الأخذ ﴿بنفس العقد وإن لم ينقضِ الخيار، بناءً على أنّ الانتقال يحصل بالعقد، وهو أشبه﴾ بإطلاق أدلّة الباب، بل لا خلاف فيه في الحقيقة إلّا من الفاضل في الإرشاد بعد أن كان مبنى الأوّل عدم الانتقال الذي قد عرفت فساده في محلّه.

بل قد يقال: إنّ مقتضى إطلاق أدلّة الشفعة ثبوتها ببيع الشريك وإن لم نقل بالانتقال إلى المشتري؛ إذ لعلّ تهيّؤ ذلك له كافٍ في ثبوتها.

وأمّا احتمال: كون المانع أنّه ليس له أخذ العين قبل الخيار ـ كما تسمع حكايته في الروضة عن بعض ـ فمع أنّا لم نتحقّقه واضح المنع؛ فإنّ حقّ الخيار لا يمنع من الأخذ، كما في غير المقام.

وكذا احتمال: أنّ المانع اقتضاء الأخذ سقوط خيار البائع الثابت بأصل العقد ـ كما سمعته من تعليل التحرير ـ ضرورة اندفاعه: بأنّ ذلك

---

(١) السرائر: المتاجر / في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦.

(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / في المحلّ، وكيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٤٣و٢٥٠. تذكرة الفقهاء: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢١٧.

(٣) إيضاح الفوائد: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ٢٠٠.

(٤) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الشفعة ص ١٦٩. مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٠٧.

(٥) جامع المقاصد: الشفعة / في المحلّ. وكيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٣٦٠ و٣٩٦.

(٦) كالسبزواري في الكفاية: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٤٥.

ليس بأولى من القول بمنع سقوطه، بل يبقى الأخذ حينئذٍ مراعى بالفسخ فيبطل وعدمه فيثبت، كما هو خيرته في غيره[١] وولده[٢] والكركي[٣] وثاني الشهيدين[٤] وغيرهم[٥] على ما حكي عن بعضهم، وإن قال في الدروس بعد أن حكاه عن الفاضل: «لا أعلم به قائلاً»[٦]، إلّا أنّ ذلك غير قادح بعد اقتضاء الدليل له، وهو استصحاب بقائه.

نعم، قد يناقش: بأنّ ذلك إنّما يقتضي فسخ ملك العقد[٧] ذي الخيار، لا الملك الحاصل بسبب آخر الذي مقتضى الاستصحاب وإطلاق الأدلّة لزومه؛ لأنّه متعلّق بالعقد دون العين، فالجمع بينهما ببقاء خياره واستحقاقه القيمة على المشتري، كما لو تلفت العين أو تصرّف المشتري فيها تصرّفاً لازماً، كما حقّقناه في محلّه.

↑ ج ٣٧ / ٣٢١

ولعلّ القائل بسقوطه ـ كما عن ابن إدريس[٨] ـ يريد هذا المعنى، وإلّا فلا معنى لسقوطه بفعل غيره، والخروج عن الملك لا ينافي بقاءه، إلّا أنّي لم أجد هنا من احتمله.

ولعلّ وجه ما ذكروه من المراعاة: أنّ الشفيع بشفعته صار بمنزلة

---

(١) كمختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٠ ـ ٣٤١.

(٢ ـ ٤) تقدّمت المصادر آنفاً.

(٥) كالكاشاني في مفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٣٠ ج ٣ ص ٨٠.

(٦) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٠ ج ٣ ص ٣٦٢.

(٧) أي فسخ الملك الحاصل من العقد.

(٨) استظهر ذلك من عبارته الشهيد في الدروس: (ج ٣ ص ٣٦٢)، والكركي في جامع المقاصد: (ج ٦ ص ٣٦٠)، وانظر السرائر: المتاجر / في الشفعة ج ٢ ص ٣٨٦.

المشتري، ففي الحقيقة ملكه بالعقد الأوّل الذي فيه الخيار، بل في بعض النصوص: «... ليس للشفيع إلّا الشراء والبيع الأوّل ...»(١).

هذا كلّه في خيار البائع خاصّة أو مع المشتري والأجنبي.

﴿أمّا لو كان الخيار للمشتري خاصّة فإنّه يستحقّ﴾ الأخذ بالشفعة ﴿بنفس العقد﴾ بلا خلاف كما في المسالك(٢)، بل عن الكفاية: الإجماع عليه(٣)، والتذكرة: أنّه مذهبنا(٤)، ولعلّه ﴿لتحقّق الانتقال﴾ بذلك عند الشيخ ومن عرفت، كما حكي عنه التصريح بذلك في المقام(٥).

لكن عن خيار خلافه أنّه قال: «ينتقل عن البائع بنفس العقد، ولكن لا ينتقل إلى المشتري أيضاً حتّى ينقضي الخيار، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأوّل»(٦). وحينئذٍ يتّجه قوله بعدم الشفعة هنا؛ لعدم انتقال الملك إلى المشتري ليؤخذ منه بالشفعة، إلّا أنّه لمّا حكم بثبوت الشفعة هنا لو كان الخيار للمشتري، ورجع عن ذلك القول، ولم يقل غيره بذلك القول، لم يتحقّق الخلاف في المسألة زيادةً على التفصيل المذكور.

---

(١) كما في مرسل ابن محبوب الآتي نصّه في ص ٥٠٧.

(٢) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٠٧.

(٣) كفاية الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٤٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢١٨.

(٥) الخلاف: الشفعة / مسألة ٢١ ج ٣ ص ٤٤٥، المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٣.

(٦) الخلاف: البيوع / مسألة ٢٩ ج ٣ ص ٢٢.

ج ٣٧ / ٣٢٢

وأمّا خيار المشتري ففي المسالك: «أنّ ظاهرهم سقوط خياره»[١]، وإن كنّا لم نتحقّقه، بل ظاهر كلامه في الروضة خلافه؛ لانتفاء الفائدة في فسخه، بخلاف فسخ البائع؛ لأنّ غرضه ـ على تقدير الفسخ ـ حصول الثمن، وقد حصل من الشفيع[٢].

ولكن في الدروس: «ويلزم على قول الفاضل ـ أي المزبور ـ أن تكون المطالبة مراعاة»[٣].

وفي المسالك: «واللزوم غير واضح؛ للفرق بين الأمرين بما ذكرناه من حصول الفائدة للبائع لا للمشتري، إلّا أن يقال: بأنّ المشتري يتعلّق غرضه في الخيار بغير الثمن، كما إذا أراد أن يدفع دركه عنه. ويمكن على هذا أن يراعى سقوط خياره باشتراط سقوط الدرك عنه، مع أنّهم حكموا بأنّه ليس للمشتري الردّ بالعيب لو رضي الشفيع بالعيب، مع أنّ فيه الدرك، فليكن هنا كذلك»[٤].

قلت: هو حاصل ما في الدروس، فإنّه ـ بعد أن ذكر لزوم المراعاة على قول الفاضل ـ قال: «ويمكن القول بأنّ الأخذ يبطل خيار المشتري، كما لو أراد الردّ بالعيب فأخذ الشفيع، ولأنّ الغرض الثمن وقد حصل من الشفيع، إلّا أن يجاب بأنّ المشتري يريد دفع الدرك»[٥].

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٠٨.

(٢) الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤٠٢.

(٣) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٠ ج ٣ ص ٣٦٢.

(٤) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٠٨ ـ ٣٠٩.

(٥) المصدر قبل السابق.

ولكن لا يخفى عليك ما في الجميع؛ ضرورة عدم مدخليّة حصول الفائدة وعدمها في ثبوت الحقّ مع فرض اقتضاء إطلاق الأدلّة والاستصحاب بقاءه، وعدم الردّ بالعيب ـ مع فرض أخذ الشفيع ورضاه به ـ أنّه انتقل الملك عنه ولا تسلّط له على فسخه، فيتعيّن له الأرش، ولكنّ الأصل براءة الذمّة منه هنا بعد أخذ الشفيع بالثمن الذي اشتراه، فلم يلحقه منه ضرر.

فالتحقيق: بقاء ما له من الخيار الذي لا يبطل بأخذ الشفعة، كخيار الشرط ونحوه مثلاً، فيفسخ حينئذٍ إن شاء ويدفع القيمة أو المثل كما في غير الفرض، إلّا أنّي لم أجد أحداً احتمل هذا هنا ـ وكذا ما ذكرناه سابقاً ـ وإن كان هو مقتضى قواعد الخيار، فلاحظ وتأمّل.

↑ ج ٣٧ / ٣٢٣

نعم، في اللمعة والروضة: «ويستحقّ الأخذ بالشفعة بنفس العقد وإن كان فيه خيار، بناءً على انتقال المبيع إلى ملك المشتري به، فلو أوقفناه على انقضاء الخيار ـ كالشيخ ـ توقّف على انقضائه».

«وعلى المشهور لا يمنع الأخذ من التخاير؛ لأصالة بقاء الخيار، فإن اختار المشتري أو البائع الفسخ بطلت الشفعة، وإلّا استقرّ الأخذ».

«وجعل بعض الأصحاب الأخذ بعد انقضاء الخيار مع حكمه بملكه بالعقد؛ نظراً إلى عدم الفائدة به قبله، إذ ليس له انتزاع العين قبل مضيّ مدّة الخيار؛ لعدم استقرار ملكه».

«والظاهر أنّ ذلك جائز لا لازم، بل يجوز قبله وإن منع من العين، والفائدة تظهر في النماء وغيره».

«واحتمل المصنّف في الدروس بطلان خيار المشتري بالأخذ لانتفاء فائدته؛ إذ الغرض الثمن وقد حصل من الشفيع، كما لو أراد الردّ بالعيب فأخذ الشفيع».

«ويضعّف: بأنّ الفائدة ليست منحصرة في الثمن، فجاز أن يريد دفع الدرك عنه»[1].

ولا يخفى عليك ـ بعد الإحاطة بما ذكرناه هنا وفي بحث الخيار ـ ما فيه من محالّ النظر.

وكيف كان، فممّا ذكرنا يظهر لك: ثبوت الشفعة للمشتري الأوّل ـ الذي فرض وجود الخيار لبائعه ـ لو لم يأخذ شفيعه بالشفعة بل باع شقصه من آخر؛ للاندراج في إطلاق الأدلّة، فإن فسخ بائعه بعد الأخذ فمشفوعه له، وإن فسخ قبله فلا شفعة للبائع قطعاً؛ لتجدّد ملكه حين الفسخ.

وأمّا المشتري فقد ذكرنا قوّة سقوطها منه أيضاً؛ اقتصاراً في ثبوت الشفعة ـ المخالفة للأصل ـ على المتيقّن، الذي هو وجود الملك وقت الأخذ كوقت البيع، مع أنّه احتمله غير واحد[2] للأصل. ولكنّ الأقوى الأوّل، كما عن الكركي التصريح به[3]، هذا.

ج ٣٧ / ٣٢٤

---

(١) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الشفعة ص ١٦٩، الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤٠١ ـ ٤٠٢.

(٢) استشكل في قواعد الأحكام: الشفعة / في المحلّ ج ٢ ص ٢٤٣.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في المحلّ ج ٦ ص ٣٦١.

ولا يتوهّم من ذكر العقد في المتن وغيره[١] اعتبار كون البيع بصيغته في ثبوت الشفعة؛ إذ الظاهر ثبوتها بالمعاطاة بناءً على إفادتها البيع وإن كان متزلزلاً، لإطلاق الأدلّة. ويأتي البحث في الفسخ من البائع أو المشتري بعد الأخذ نحو ما سمعته في الخيار، والله العالم.

﴿وليس للشفيع تبعيض حقّه﴾ إذا كان انتقاله إلى المشتري على الوجه الذي قدّمناه في الفرع الثامن، كما صرّح به الشيخ[٢] والفاضل[٣] والشهيدان[٤] والكركي[٥] وغيرهم[٦].

بل لا أجد فيه خلافاً وإن ترك التعرّض له جماعة[٧]، بل قد سمعت[٨] ما في التذكرة في الشفعة في الدار بالشركة في الطريق الواسع، لكنّه ليس خلافاً في المسألة؛ للضرر بالتفريق الذي ينافي حكمة

---

(١) كاللمعة الدمشقيّة: كتاب الشفعة ص ١٦٩.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٤.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / تفاريع القول بالشفعة ج ١٢ ص ٣٣٤، قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥١، إرشاد الأذهان: الشفعة / في الأحكام ج ١ ص ٣٨٦.

(٤) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الشفعة ص ١٦٩، الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤٠٢ ـ ٤٠٣، مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣١٠.

(٥) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٣٩٩.

(٦) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الشفعة / في الأحكام ج ٩ ص ٢٨، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٩٣٠ ج ٣ ص ٨٠.

(٧) كالصدوق في المقنع: باب الشفعة ص ٤٠٥ ـ ٤٠٦، وسلّار في المراسم: أحكام الشفعة ص ١٨٣، وأبي الصلاح في الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١ ـ ٣٦٢.

(٨) في ص ٣٩٨.

مشروعيّة الشفعة ، ولأنّه المنساق من قوله عليه‌السلام : «فشريكه أحقّ به من غيره بالثمن»[١].

﴿بل﴾ لا يبعد كونها من قبيل حقّ القصاص الذي لا يقبل التجزئة ، فلا يصحّ وإن رضي المشتري ، خصوصاً مع ملاحظة مخالفة الشفعة للأصل ، التي ينبغي الاقتصار فيها على المتيقّن بعد الشكّ في الإطلاقات والعمومات ولو للمفروغيّة منه عند الأصحاب.

وحينئذٍ فـ﴿يأخذ الجميع أو يدع﴾ بل لو قال : «أخذت نصف الشقص خاصّة» بطلت شفعته في الجميع؛ لأنّ العفو عن البعض يبطلها حينئذٍ ، بل صرّح الفاضل[٢] والكركي[٣] وثاني الشهيدين[٤] ببطلانها لو قال : «أخذت نصف الشقص» وإن لم يقل : «خاصّة» للتبعيض وفوات الفوريّة ، كما عن محمّد بن الحسن الشيباني[٥].

↑ ج ٣٧ / ٣٢٥

خلافاً للمحكي عن أبي يوسف : من الصحّة في الجميع؛ لاستلزام أخذ البعض أخذ الجميع ، لعدم صحّة أخذه وحده[٦].

---

(١) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥١، تذكرة الفقهاء: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٢ ص ٣٣٠.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٠٠.

(٤) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣١٠.

(٥ و٦) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٨٣، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٨٩، حلية العلماء: ج ٥ ص ٢٩٢ ـ ٢٩٣، الحاوي الكبير: ج ٧ ص ٢٤٤.

وفيه منع واضح.

نعم، قد يقال بالصحّة مع فرض عدم فوات الفوريّة ولو بقول وكيله مقارناً لقوله: «وأخذت النصف الآخر له».

وقد أشار إلى ما ذكرنا في الدروس، قال: «لو قال: أخذت نصف الشقص خاصّة بطلت؛ لأنّ العفو عن البعض يبطلها، ويحتمل أن يكون ذلك أخذاً للجميع. ولو اقتصر على قوله: أخذت نصفه فوجهان، وأولى بالبقاء؛ لأنّ أخذ البعض لا ينافي أخذ الكلّ، إلّا أن يؤدّي إلى التراخي»[1].

وإن كان لا يخفى عليك ما في احتماله في الصورة الأُولى المفروض فيها التصريح بالبعض خاصّة، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فلا خلاف بين الخاصّة[2] والعامّة[3] نصّاً[4] وفتوى في أنّ الشفيع ﴿يأخذ بـ﴾ مثل ﴿الثمن الذي وقع عليه العقد﴾ لا أزيد من ذلك ﴿وإن كان[5] قيمة الشقص أكثر أو أقلّ﴾.

﴿ولا يلزمه ما يغرم المشتري من دلالة أو وكالة أو غير ذلك من المؤن﴾ التي هي ليست من الثمن وإن كانت من توابعه. نعم، هو

---

(١) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٧٠.

(٢) نقل الإجماع بيننا في رياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٨١.

(٣) نقل الإجماع بيننا وبينهم في مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٥٦٩.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٢ من كتاب الشفعة ج ٢٥ ص ٣٩٥، مسند أحمد: ج ٣ ص ٣١٠.

(٥) في نسختي الشرائع والمسالك: كانت.

ظاهر فيما لو كان مثليّاً، أمّا القيمي فستسمع الكلام فيه مفصّلاً إن شاء الله تعالى.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لو زاد المشتري في الثمن بعد العقد وانقضاء الخيار لم تلحق[1]﴾ الشفيع ﴿الزيادة﴾ لعدم كونها من الثمن ﴿بل كانت هبة﴾ من المشتري للبائع فـ﴿لا[2] يجب على الشفيع دفعها﴾ للأصل ﴿و﴾ ظهور النصّ والفتوى في أنّه ليس عليه إلّا الثمن.

↑ ج ٣٧ / ٣٢٦

نعم ﴿لو كانت الزيادة في زمن[3] الخيار، قال الشيخ[4]: تلحق[5] بالعقد؛ لأنّها بمنزلة ما يفعل في العقد﴾ والشفيع يأخذ بالثمن الذي يستقرّ عليه العقد. وكذا الكلام في النقيصة.

قيل[6]: وهو مبنيّ على مذهبه السابق من عدم الانتقال إلّا بانقضاء الخيار.

ونوقش بـ«أنّه لو كان كذلك لخصّ الحكم بما إذا كان الخيار للبائع؛ لاعترافه هنا بالانتقال إذا كان للمشتري خاصّة وإن صرّح بالتعميم في البيع. وتعليله الحكم هنا بالاستقرار لا يدلّ على البناء على مذهبه، بل لعلّه ظاهر في خلافه. واحتمال بناء ذلك على مذهبه في البيع يزيد في الاضطراب؛ لتصريحه هنا بالانتقال، مع أنّه لا داعي له».

(١ و٢) في نسخة الشرائع: لم يلحق.. ولا.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: زمان.

(٤) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٠٨.

(٥) في نسخة الشرائع: يلحق.

(٦) كما في الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٠ ج ٣ ص ٣٦٣.

«بل لعلّ قول المصنّف: ﴿وهو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد﴾ ظاهر في عدم البناء على ذلك، وإلّا لكان مردوداً لا مشكلاً؛ إذ إشكاله لا يكون إلّا على معنى: أنّه لا يتمّ إطلاقه الإلحاق على تفصيله، فإنّه مع الانتقال للمشتري لا ينبغي أن تلحق الزيادة ولا النقيصة، كما أنّه لا يتمّ على القول بالانتقال في الحالتين»[١].

ولعلّ الأولى أن يقال: إنّ الثمن عرفاً ما وقع مدخولاً للباء في العقد سواء قلنا بالانتقال وعدمه، خلافاً للشيخ: فجعله أعمّ من ذلك ومن المبذول في زمن الخيار مطلقاً؛ بدعوى كون الثمن لما يدفع قبل استقرار العقد، وإن كانت ممنوعة عليه. والأمر سهل بعد وضوح الحال.

﴿وكذا لو حطّ البائع من الثمن﴾ بعد العقد ﴿لم يلحق بـ﴾ الثمن في ﴿العقد﴾ مطلقاً أيضاً كالزيادة؛ لما عرفته من أنّه مدخول الباء فيه، والله العالم.

﴿ولا يلزم المشتري دفع الشقص ما لم يبذل الشفيع الثمن الذي وقع عليه العقد﴾ أوّلاً، كما صرّح به في القواعد[٢] واللمعة[٣] والروضة[٤] ومحكيّ المبسوط[٥]، بل هو صريح المصنّف فيما يأتي.

↑ ج ٣٧ / ٣٢٧

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣١١ ـ ٣١٢ (بتصرّف).
(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥١.
(٣) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الشفعة ص ١٧٠.
(٤) الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤١٣.
(٥) المبسوط: الشفعة / الحيل التي تسقط بها ج ٣ ص ١٥٦.

إلّا أنّه أُشكل[١]: بمنافاته لمقتضى المعاوضة وهو التقابض.

ودفع[٢]: بأنّها معاوضة قهريّة، فجبر وهن قهر المشتري بتسليم الثمن، بخلاف البيع، فإنّ مبناه على الاختيار، فلم يكن أحد المتبايعين أولى بالبدأة من الآخر.

إلّا أنّها ـ كما ترى ـ مجرّد اعتبار لا يناسب مذاق الإماميّة.

ومن هنا قال في المسالك: «لو قيل بالتقابض كان وجهاً»[٣]، تبعاً لما في جامع المقاصد من «أنّها معاوضة يجب فيها التسليم والتسلّم دفعة واحدة، والأصل عدم وجوب التقدّم في التسليم على أحد بخصوصه، نعم إن تمّ اشتراط تسليم الثمن في حصول الملك بالأخذ ثبت وجوب هذا»[٤].

قلت: يمكن أن يكون مدركه قوله عليه‌السلام: «فهو أحقّ بها من غيره بالثمن»[٥] بناءً على أنّ المراد من كونه أحقّ من غيره: مع دفع الثمن.

بل قد يقال: إنّ منه يستفاد مدخليّة دفع الثمن في حصول الملك أو في استحقاق الأخذ بالشفعة، فلا وجه لوجوب التقابض هنا بعد توقّف ملك الشفيع أو استحقاقه الأخذ بالشفعة على دفع الثمن، كما سمعت الاعتراف به من الكركي.

(١ و ٢) انظر الهامشين اللاحقين، بالإضافة إلى المسالك: ص ٣٣٦.

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣١٢.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٣٩٩.

(٥) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

ومن الغريب ما سمعته من المسالك، مع ميله إلى عدم تماميّة ملك الشفيع بدون الدفع المزبور، قال متّصلاً بما سمعته منه: «واعلم: أنّ الملك للشفيع يحصل بالأخذ قبل دفع الثمن، كما أنّ الملك يحصل في البيع بالعقد، ووجوب التسليم حكم آخر بعدُ».

«وهل الحكم هنا كذلك بمعنى عدم توقّف الملك على التقابض، أم لا يتمّ ملك الشفيع هنا بدون تسليم الثمن؟ ليس في عبارة المصنّف ما يدلّ على زيادة على الأوّل، وذهب بعضهم إلى الثاني، وليس بذلك البعيد».

↑ ج ٣٧ / ٣٢٨

«ثمّ على تقديره هل يكون دفع الثمن جزءً من السبب المملّك، أم كاشفاً عن حصول الملك بالأخذ القولي؟ وجهان، أجودهما الثاني. وتظهر الفائدة في النماء المتخلّل»[١].

بعد الإغضاء عمّا في أوّل كلامه وأثنائه من التنافي ظاهراً.

وفي مجمع البرهان: «لابدّ ـ أي في الملك ـ من الأخذ، وهو إمّا بالفعل أو القول ـ كما تقدّم ـ عند علمائنا، ذكره في التذكرة»[٢]. والذي ذكره سابقاً: «أنّه يأخذ: إمّا بالفعل؛ بأن يأخذ الحصّة بدفع الثمن إلى المشتري، أو يرضى بالصبر فيملكه. وإمّا باللفظ؛ كقوله: أخذت وتملّكت ونحو ذلك...»[٣] إلى آخره.

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣١٣.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الأحكام ج ٩ ص ٢٨.

(٣) المصدر السابق: ص ٢٧.

وفي محكيّ الغنية[١] والسرائر[٢] ما لفظه: «واشترطنا عدم عجزه عن الثمن لأنّه إنّما يملك الآخذ إذا دفع إلى المشتري ما بذله للبائع، فإذا تعذّر عليه ذلك سقط حقّه من الشفعة». بل قيل: «إنّ ظاهر الأوّل أو صريحه أنّه لا خلاف فيه»[٣].

والأصل في المسألة ما في قواعد الفاضل، فإنّه ـ بعد أن ذكر ملك الشفيع الآخذ بالعقد ـ قال: «وهو قد يكون فعلاً بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذٍ، ولفظاً كقوله: أخذته أو تملّكته... وما أشبه ذلك من الألفاظ الدالّة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضا بالصبر»[٤]. وظاهره انحصار المملّك في ذلك، فلا يكفي حينئذٍ الأخذ القولي من دون دفع الثمن.

ولكن قال في التحرير: «يملك الشفيع الشقص بأخذه وبكلّ لفظ يدلّ على أخذه»[٥] ولم يتعرّض لدفع الثمن فيهما.

وقال في الدروس: «لا يملك الشفيع بالمطالبة ولا بدفع الثمن مجرّداً عن قول، حتّى يقول: أخذت الشقص أو تملّكت بالثمن وشبهه ـ إلى أن قال: ـ ولو رضي المشتري بتأخير الثمن ملك بالأخذ، وله

↑ ج ٣٧ / ٣٢٩

---

(١) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٥.

(٢) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٨.

(٣) مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٥٣٧.

(٤) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٠.

(٥) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٦٩.

التصرّف أيضاً»[١].

وفي جامع المقاصد: «إنّ اشتراط دفع الثمن في حصول الملك لا دليل عليه، والأصل عدمه، والشفعة في معنى المعاوضة؛ إذ هي من توابع العين[٢]، ودفع أحد العوضين غير شرط في تملّك الآخر، ولأنّه لو كان الدفع شرطاً لوجب أن يكون فوريّاً كالأخذ، فتبطل الشفعة بدونه مع التمكّن، وإمهال الشفيع ثلاثة أيّام قد يدلّ على خلاف ذلك، وليس في النصوص ما يدلّ على الاشتراط المذكور، والذي في رواية ابن مهزيار: (... إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيّام، إن أتاه بالمال وإلّا فليبع وبطلت شفعته في الأرض...)[٣]، وليس كلام الأصحاب صريحاً في اشتراط ذلك». ثمّ حكى عن التذكرة ما هو ظاهر أو صريح في عدم اعتبار دفع الثمن في الملك بالأخذ القولي[٤].

قلت: بل عن المبسوط في آخر الباب التصريح أيضاً بأنّه لا يشترط مع الأخذ باللفظ دفع الثمن في حصول الملك[٥].

لكنّ الإنصاف أنّ كلامهم غير منقّح في المقام.

والذي يقع في الذهن ـ راجياً من الله تعالى أن يكون هو الصواب ـ

---

(١) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٣ ج ٣ ص ٣٧١.

(٢) في المصدر بدلها: البيع.

(٣) تقدّم في ص ٤٢٦.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٣٩٧ ـ ٣٩٨.

(٥) المبسوط: الشفعة / الحيل التي تسقط بها ج ٣ ص ١٥٥.

هو : أنّ الشفعة من الحقوق كالخيار ونحوه ، لا المعاوضات المحتاجة للتقابض ، كما عساه يشهد له ما تسمعه من الأصحاب فيما يأتي من أنّه لا يكلّف المشتري قبض الشقص من البائع ـ إن لم يكن قد قبضه ـ وتسليمه للشفيع ، بل ويشعر به أيضاً قوله عليه‌السلام : «فهو أحقّ به من غيره»[1].

ج ٣٧ / ٣٣٠

وحينئذٍ فالمتّجه حصوله وإسقاطه بالفعل والقول على نحو الخيار ، فلا إشكال في تحقّق الأخذ بالشفعة مع التخلية من المشتري والقبض من الشفيع مع دفع الثمن منه أو الرضا بالصبر عليه .

فما عساه يتوهّم من عبارة الدروس السابقة من اعتبار القول ، في غير محلّه؛ ضرورة صدق الأخذ بالشفعة التي هي عبارة عن استحقاق انتزاع حصّة الشريك .

كما أنّه لا إشكال في تحقّقه أيضاً باللفظ مع الدفع المزبور أو الرضا بالصبر .

نعم ، يشترط لأصل الأخذ بهذا الاستحقاق إحضار الثمن ، فإن ادّعى غيبته أُجّل الأجل المزبور ، وبدونه لا أثر للأخذ بالاستحقاق المزبور لا قولاً ولا فعلاً . وهو معنى ما سمعته من الغنية والسرائر ، بل يمكن حمل عبارة المتن وما شابهها على ذلك ، بل ورواية عليّ بن مهزيار[2] أيضاً .

---

(١) تقدّم في ص ٣٦٧ و٤١٤.

(٢) تقدّمت في ص ٤٢٦.

وحاصله: أنّ الشفعة ـ التي هي عبارة عن الاستحقاق المزبور ـ يعتبر في الأخذ به ذلك، فلا أثر للأخذ به بدونه إلّا مع الرضا بالصبر أو ادّعى غيبة الثمن فيؤجّل ثلاثة أيّام كما عرفته سابقاً، ولا ينافي ذلك حصول الملك بعده، بل ولا الفوريّة التي يعدّ مثل ذلك عذراً فيها.

بل قد يدّعى: أنّ ذلك من تمام ثبوت الاستحقاق؛ على معنى: أنّ الأحقّيّة المزبورة لا تتحقّق إلّا مع دفع الثمن على الوجه المزبور، نحو اشتراط الخيار بردّ الثمن.

بل يمكن إرادة هذا المعنى من قوله عليه‌السلام: «فهو أحقّ به من غيره بالثمن»[1] على معنى: أنّه مع دفعه للثمن هو أحقّ من غيره. وحينئذٍ فيقيّد الإطلاق ـ إن كان ـ بما ذكرنا، مثل قوله عليه‌السلام: «... وصيّ اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له بالشفعة...»[2] الذي هو غير مساق لبيان ذلك.

↑ ج ٣٧ / ٣٣١

وكذا إطلاق ما دلّ على ثبوت الشفعة ببيع الشريك، وإن أُيّد بدعوى أنّ الأصل تسلّط الناس على حقوقهم كأموالهم، فله الأخذ بحقّه، والأصل عدم الاشتراط.

إذ قد عرفت أنّ المجتمع من النصّ والفتوى ثبوت الشفعة مع الحال المزبور دون غيره، كما عرفت سابقاً أنّ الأصل عدمها بعد الشكّ في تناول الإطلاق ـ فضلاً عن الظنّ بتوقّف الأحقّيّة على دفع الثمن، أو عدم ترتّب الأثر على الأخذ به بدونه ـ ولو من فتاوى الأصحاب

---

(١) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٢) تقدّم في ص ٤٣٥.

واستبعاد تملّك الشفيع الشقص بقول: «شفعت» وهو غائب لا يتمكّن من دفع الثمن ولو بالتوكيل، بل يمكن القطع بعدمه، كما أنّه يمكن القطع بعدم وجوب القول المزبور على الغائب غير المتمكّن والمحبوس كذلك، ولو كان ذلك أخذاً للشفعة لوجب المبادرة إليه... إلى غير ذلك ممّا يظهر بالتأمّل، والله العالم.

﴿ولو اشترى شقصاً وعرضاً في صفقة، أخذ الشقص﴾ خاصّة بالشفعة ﴿بحصّته[١] من الثمن﴾ بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، كما تقدّم الكلام في ذلك مفصّلاً[٢].

﴿و﴾ ذكرنا هناك أيضاً: أنّه ﴿لا يثبت بذلك للمشتري خيار﴾ لإقدامه، و ﴿لأنّ استحقاق الشفعة تجدّد في ملك المشتري﴾ فلم يحصل شرط خيار تبعيض الصفقة الذي هو كون التبعيض في العقد نفسه.

ومن هنا لا فرق في ذلك بين الجاهل والعالم، كما هو مقتضى إطلاق المصنّف وغيره، لكن في مجمع البرهان: «يمكن ذلك إذا ادّعى كونه جاهلاً وقبل منه فيثبت له الخيار، وإليه أشار المحشّي»[٣]. ولا يخفى عليك ما فيه، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٣٣٢

---

(١) في نسخة الشرائع: بحصّة.

(٢) في ص ٤٠٣.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الأحكام ج ٩ ص ٢٩.

﴿و﴾ كيف كان، فلا خلاف[1] ولا إشكال في أنّه ﴿يدفع الشفيع مثل الثمن إن كان مثليّاً كالذهب والفضّة﴾ وغيرهما، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر[2]، مضافاً إلى أنّه المتيقّن من المروي في نصوص الفريقين: من أنّه يأخذ بالثمن[3]، بعد القطع بعدم إرادة نفس الثمن الذي ملكه البائع ﴿و﴾ لا تسلّط للشفيع عليه.

إنّما الكلام ﴿إن لم يكن له﴾ أي الثمن المدفوع للبائع ﴿مثل: كالحيوان والثوب والجوهر﴾ وغيرها من القيميّات، فـ:

﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في الخلاف[4] وابن حمزة[5] والفاضل في المختلف[6] والكركي[7] والخراساني في الكفاية[8] على ما حكي عن بعض: ﴿تسقط[9]﴾ الشفعة ﴿لتعذّر المثليّة﴾ المعتبرة في الشفعة

---

(١) كما في الخلاف: الشفعة / مسألة ٧ ج ٣ ص ٤٣٢، وغاية المراد: الشفعة / في الأحكام ج ٢ ص ١٦٠، ومسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣١٤.

(٢) ينظر مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٧، وإيضاح الفوائد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢١٠، ورياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٨١.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٢ من كتاب الشفعة ج ٢٥ ص ٣٩٥، مسند أحمد: ج ٣ ص ٣١٠.

(٤) الخلاف: الشفعة / مسألة ٧ ج ٣ ص ٤٣٢.

(٥) الوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٨.

(٦) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨.

(٧) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٠٥.

(٨) كفاية الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٤٦.

(٩) في نسخة الشرائع: يسقط.

﴿ولرواية عليّ بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام﴾ الآتية[١].

بل قيل: «إنّه ظاهر الإيضاح، ومال إليه في التحرير ومجمع البرهان، وهو المحكي عن الطبرسي، وإنّه يشعر به كلام النهاية والمهذّب»[٢]، بل في الدروس: «أنّه والقول الآتي مشهوران»[٣]، بل في الخلاف: «عليه إجماع الفرقة وأخبارهم»[٤].

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخان في المقنعة[٥] والمبسوط[٦] وأبو الصلاح[٧] وابنا زهرة[٨] وإدريس[٩] والآبي[١٠] والفاضل في التذكرة[١١] والإرشاد[١٢] والتبصرة[١٣] والشهيدان[١٤]

---

(١) في ص ٥٠٦ ـ ٥٠٧.

(٢) مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٥٧٢.

(٣) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٦٧.

(٤) تقدّم المصدر آنفاً.

(٥) المقنعة: كتاب الشفعة ص ٦١٩.

(٦) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٠٨.

(٧) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١ و٣٦٢.

(٨) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٢ و٢٣٦.

(٩) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٥.

(١٠) كشف الرموز: كتاب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٤ (ظاهره ذلك).

(١١) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٥٧.

(١٢) إرشاد الأذهان: الشفعة / في الأحكام ج ١ ص ٣٨٦.

(١٣) تبصرة المتعلّمين: المتاجر / في الشفعة ص ٩٨.

(١٤) اللمعة الدمشقيّة: كتاب الشفعة ص ١٧٠، الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٦٧ ـ ٣٦٨، الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤٠٣، مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣١٦.

والمقداد[١] وأبو العبّاس[٢]: لا تسقط الشفعة، بل ﴿يأخذها بقيمة العرض﴾ بل في المسالك[٣] وغيرها[٤]: أنّه مذهب الأكثر، وفي الرياض تارةً نسبه إلى الشهرة العظيمة[٥]، وأُخرى: «أنّه أشهر، بل لعلّ عليه عامّة من تأخّر إلّا من ندر ممّن تأخّر عمّن تأخّر»[٦]. وإن كان فيه ما فيه.

↑ ج ٣٧ / ٣٣٣

نعم، هي ﴿وقت العقد﴾ أو وقت الأخذ، أو أعلى القيم من وقت العقد إلى وقت الأخذ؟ المعروف فيما بينهم الأوّل، بل لم نعرف القائل بالثاني وإن حكي.

أمّا الثالث فهو المحكي عن الفخر[٧]، والموجود في الإيضاح: «إلى وقت الدفع»، محتجّاً عليه: بأنّه أخذ قهري كالغصب[٨]. وفيه ما لا يخفى في المقيس والمقيس عليه. ومن هنا قال في غاية المراد: «إنّه لا وجه له»[٩]، بل جعل الثاني كذلك أيضاً[١٠]، وهو في محلّه وإن رماهما غيره بالضعف[١١].

---

(١) التنقيح الرائع: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٨٩ و٩٠.

(٢) المقتصر: كتاب الشفعة ص ٣٤٦ ـ ٣٤٧.

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣١٥.

(٤) كتحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٣.

(٥ و٦) رياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٨١.

(٧ و٨) الحكاية عن الفخر وقعت في جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٠٥، وانظر إيضاح الفوائد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢١٠.

(٩ و١٠) غاية المراد: الشفعة / في الأحكام ج ٢ ص ١٦١ ـ ١٦٢.

(١١) جامع المقاصد: (انظره في الهامش قبل السابق).

وقيل كما عن أبي علي: «لا شفعة إلّا أن يأتي الشفيع بعين الثمن»[١]، وفي الدروس: «أنّ في رواية هارون الغنوي[٢] إلماماً به»[٣]، لكن في الإيضاح: «أنّ الإجماع على خلافه»[٤].

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ ﴿هو﴾ أي القول الثاني ﴿أشبه﴾ عند المصنّف بإطلاق نصوص الباب، وفاقاً لمن عرفت.

ولكنّ الإنصاف: أنّ الأوّل أقوى؛ ولو للشكّ من تعارض الأدلّة، وقد عرفت أنّ الأصل عدم الشفعة؛ إذ حجّة الأوّل:

مضافاً إلى الإجماع المزبور والأخبار التي أرسلها، الذي لا يقدح في حجّيّته فتواه في المبسوط[٥] ـ المتأخّر عنه ـ بخلافه، المحتمل كونه عن غفلة أو غيرها.

خبر عليّ بن رئاب ـ الذي قيل[٦]: إنّه رواه في الفقيه[٧] وفي قرب الاسناد[٨] في الصحيح، وفي التهذيب[٩] في الموثّق ـ عن

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨، والدروس الشرعيّة: (انظر الهامش بعد اللاحق).

(٢) تقدّمت في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٣) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٦٧.

(٤) إيضاح الفوائد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢١٠.

(٥) تقدّم المصدر آنفاً.

(٦) كما في مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٥٧٣ ـ ٥٧٤.

(٧) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الشفعة ح ٣٣٧٩ ج ٣ ص ٨٠.

(٨) قرب الاسناد: ح ٦٠٣ ص ١٦٥.

(٩) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٤ الشفعة ح ١٧ ج ٧ ص ١٦٧.

أبي عبد الله عليه السلام : «في رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وبزّ[١] وجوهر؟ قال : ليس لأحد فيها شفعة»[٢].

وخبر هارون وغيره ممّا هو مروي عند الطرفين من أنّ «... الشريك أحقّ من غيره بالثمن»[٣] الذي لا يصدق عرفاً على القيمة.

ج ٣٧ / ٣٣٤

بل في مرسل ابن محبوب : «كتبت إلى الفقيه عليه السلام : في رجل اشترى من رجل نصف دار مشاعاً غير مقسوم، وكان شريكه الذي له النصف الآخر غائباً، فلمّا قبضها وتحوّل عنها انهدمت الدار وجاء سيل خارق[٤] فهدمها وذهب بها، فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا، فأعطاه الشفعة على أن يعطيه ماله كملاً الذي نقد في ثمنها، فقال : ضع عنّي قيمة البناء، فإنّ البناء قد تهدّم وذهب به السيل، ما الذي يجب في ذلك؟ فوقّع عليه السلام : ليس له إلّا الشراء والبيع الأوّل إن شاء الله تعالى»[٥].

ومن المعلوم عدم صدق ذلك على القيمي، بل قد سمعت أنّ أبا علي اعتبر في الشفعة عين الثمن التي دفعها جموداً على حقيقة اللفظ، وإن كان يمكن دعوى القطع بخلافه وأنّ المراد المثل.

---

(١) البَزّ: نوع من الثياب. العين: ج ١ ص ١٥٩ (بزز).

(٢) وسائل الشيعة: باب ١١ من كتاب الشفعة ح ١ ج ٢٥ ص ٤٠٦.

(٣) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩، وانظر مسند أحمد: ج ٣ ص ٣١٠.

(٤) في التهذيب بدلها: جارف.

(٥) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٨ الشركة والمضاربة ح ٣٦ ج ٧ ص ١٩٢، وسائل الشيعة: باب ٩ من كتاب الشفعة ح ١ ج ٢٥ ص ٤٠٥.

وما في المسالك من أنّه «بعد تعذّر العلم بعدم إرادة الحقيقة فالواجب أقرب المجازات إليها بحسبها، فإن كان مثليّاً فالأقرب إليه مثله، وإن كان قيميّاً فالأقرب إليه قيمته، وهذا واضح، أمّا اختصاصه بالمثلي فلا؛ إذ لو كان الثمن قيميّاً فلابدّ من اعتبار مجازه حيث لا تراد الحقيقة، وإلّا لزم اختصاص الحكم بالحقيقة، فيرد مثله في المثلي؛ لأنّ المثل ليس بحقيقة»[1].

يدفعه: تعارف التجوّز بردّ الثمن لو ردّ المثل في المثلي؛ وأنّه البيع والشراء الأوّل كما سمعته في المكاتبة، بخلاف القيمي، فتختصّ الرواية حينئذٍ ـ الواردة في بيان محلّ الشفعة ـ على وجهٍ يراد منها القيديّة في جميع ما ذكر فيها كالمتعارف في التعاريف بالمثلي، دون القيمي الذي لم يدخل فيها حتّى يحتاج إلى اعتبار مجازه.

↑ ج ٣٧ / ٣٣٥

ومنه يعلم ما في حملها[2] على الغالب من كون قيمة الدار ونحوها المثلي.

وكذا ما فيها[3] أيضاً من المناقشة في الأُولى بضعف السند؛ لأنّ في طريقه الحسن بن سماعة وهو واقفي، قال:

«والعجب من دعوى العلّامة في التحرير صحّته مع ذلك. ودلالته على موضع النزاع ممنوعة؛ فإنّ نفي الشفعة أعمّ من كونه بسبب كون

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣١٥ ـ ٣١٦.

(٢) كما في مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الأحكام ج ٩ ص ٣١.

(٣) المصدر قبل السابق: ص ٣١٥.

الثمن قيميّاً أو غيره، إذ لم يذكر أنّ في الدار شريكاً، فجاز نفي الشفعة لذلك عن الجار وغيره، أو لكونها غير قابلة للقسمة... أو لغير ذلك».

«وبالجملة: فإنّ المانع من الشفعة غير مذكور، وأسباب المنع كثيرة، فلا وجه لحمله على المتنازع أصلاً. والعجب مع ذلك دعوى أنّه نصّ في الباب مع أنّها ليست من الظاهر فضلاً عن النصّ»[١].

إذ لا يخفى عليك أوّلاً: أنّها مرويّة في الفقيه وغيره في الصحيح[٢].

وثانياً: أنّها ـ على ما ذكر ـ من قسم الموثّق الذي فرغنا من حجّيّته في الأُصول.

وثالثاً: أنّها معتضدة ومنجبرة بما سمعت من الإجماع المحكي والروايات المرسلة والشهرة المحكيّة في الدروس[٣].

كما أنّه لا يخفى عليك: انسياق كون نفي الشفعة في الدار المزبور لمكان الثمن المذكور، وإلّا فلا فائدة في تعداده في السؤال.

وعدم ذكر الشريك لمعلوميّة كون الشفعة عند الإماميّة له لا لغيره.

واحتمال نفيها لاحتمال عدم القسمة وغيره، خلاف ما يشعر به تعداد الثمن في السؤال، بل كان ينبغي التعبير بغير هذه العبارة، على أنّ ترك الاستفصال فيها كافٍ، بل قد يدّعى الظهور أو الصراحة في ذلك بملاحظة إرادة الردّ بها على ما هو المعروف من فتوى أبي حنيفة

---

(١) الهامش السابق.

(٢) تقدّمت المصادر عند نقل الرواية.

(٣) تقدّم المصدر في ص ٥٠٤.

ج ٣٧
٢٣٦

والشافعي ومالك بثبوت الشفعة في نحو ذلك[١].

ودعوى[٢]: معارضة ذلك بأنّها ذكر فيها أنّ المبيع الدار، والمتبادر منها المجموع، وهو ممّا لا يتأتّى فيه بعد الشراء شركة توجب الشفعة، ولا تثبت فيها إلّا من حيث الجوار، فنفي الشفعة في الرواية يحتمل أن يكون مستنداً إلى هذا. ولو أُريد من الدار بعضها تعيّن ما استظهر من السياق، إلّا أنّ إطلاقها على البعض مجاز لا يصار إليه إلّا بالقرينة، وهي في الرواية مفقودة.

يدفعها: ظهورها على كلّ حال في أنّ المسقط للشفعة كون الثمن المذكور منها، وحينئذٍ تكون دالّة على المطلوب الذي هو نفي الشفعة فيها لو حصل سببها بالشركة في الطريق أو البئر أو البعض أو الجوار أو غير ذلك؛ لأنّ المراد ـ ولو بقرينة الجواب ـ أنّ السائل لمّا سأل عن الشفعة في الدار المشتراة بالثمن المزبور أجاب الإمام عليه السلام: لا شفعة لأحد فيها على كلّ حال؛ من حيث إنّ ثمنها ما ذكره السائل.

ومن هنا قال في جامع المقاصد: «إنّها نصّ في الباب»[٣]، ولعلّ التأمّل الجيّد يشهد له.

ومن الغريب ما في بعض الكتب من المناقشة في الخبر المزبور

---

(١) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٥٠٥، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٥٢٤ ـ ٥٢٥، بدائع الصنائع: ج ٥ ص ٢٦، المجموع: ج ١٤ ص ٣١٨.

(٢) ينظر مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٥٧٥.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٠٥.

بـ «أنّ الآبي في كشف الرموز رواه: رجل اشترى دراهم برقيق ومتاع»[1]؛ إذ هو وإن كان كذلك ـ كما هو عندنا في نسخة قديمة ـ لكنّه من الغلط الذي لا يصلح معارضاً لما في الجوامع العظام وكتب الفروع.

ومن الغريب ما في الكتاب المزبور أيضاً ـ في شرح ما في النافع «وقيل: تسقط الشفعة؛ استناداً إلى رواية فيها احتمال»[2] ـ قال ما نصّه: «لأنّها مقصورة على من اشترى دراهم[3] برقيق ومتاع وبزّ وجوهر، فالتعدّي إلى غير ذلك من المحتمل، ويحتمل أن تكون الشركة في الدراهم[4]»[5].

إذ هو ـ كما ترى ـ لا ينبغي أن يصدر من أصاغر الطلبة.

وعلى كلّ حال، فلا أقلّ من انقداح الشكّ ـ ممّا ذكرنا ـ في دعوى تناول إطلاق الأدلّة للفرض، مؤيّداً[6]: بقيام القيمة مقام العين غالباً، وبحصول العلّة أو الحكمة التي هي الضرر، وبكونه فتوى من لا يعمل إلّا بالقطعيّات، وفتوى المقنعة التي هي متون أخبار، وبأنّ ذلك يؤدّي إلى سهولة الأمر في إسقاط الشفعة، مع وهن إجماع الخلاف بمصيره إلى خلافه في المبسوط. على أنّها جميعها كما ترى، والله العالم.

---

(١) المصدر قبل السابق: ص ٥٧٤.

(٢) المختصر النافع: كتاب الشفعة ص ٢٥٠.

(٣ و٤) في متن المصدر: «داراً... الدار» وأشير في المورد الأوّل إلى ما هنا بعنوان نسخة.

(٥) كشف الرموز: كتاب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٤.

(٦) كما في مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٥٧٣.

﴿وإذا علم﴾ الشفيع ﴿بـ﴾ ـتحقّق ﴿الشفعة﴾ لتحقّق الشراء المقتضي لها ﴿فله المطالبة﴾ والأخذ بها ﴿في الحال﴾ بلا خلاف[1] ولا إشكال، إنّما الكلام في وجوب ذلك عليه على وجهٍ إن لم يفعل لم تكن له شفعة، كما سيأتي الكلام فيه.

وعلى كلّ حال ﴿فـ﴾ ـلا خلاف[2] ولا إشكال في أنّه ﴿إن أخّر لعذر عن مباشرة الطلب وعن التوكيل فيه لم تبطل شفعته﴾ وإن قلنا بالفوريّة، فإنّه على القول بها لا يضرّ عدمها للعذر العرفي، كما يشعر به نصوص الغائب[3] وغيرها.

﴿وكذا لو ترك لتوهّمه كثرة الثمن﴾ لأمارةٍ أوجبته كإخبار مخبر ثمّ ظهر كذبه ﴿فبان قليلاً، أو لتوهّمـ﴾ ـه كون ﴿الثمن ذهباً﴾ يصعب عليه قيمته ﴿فبان فضّةً، أو حيواناً فبان قماشاً﴾ سهل القيمة، بناءً على ثبوت الشفعة مع كون الثمن قيميّاً، أو توهّم كون المبيع سهاماً قليلة فبانت كثيرة أو بالعكس، أو أنّه اشتراه لنفسه فبان لغيره أو بالعكس، أو أنّه اشتراه لشخص فبان أنّه لآخر، أو أنّه اشترى الكلّ بثمن فبان أنّه اشترى نصفه بنصفه أو بالعكس، أو أنّه اشترى الشقص وحده فبان أنّه اشتراه مع غيره أو بالعكس... إلى غير ذلك ممّا هو عذر عرفاً عن الفور

↑ ج ٣٧ / ٣٣٨

---

(١) كما في مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣١٦، ورياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٨٥.

(٢) كما في رياض المسائل: (الهامش السابق: ص ٨٩).

(٣) تقدّمت مفرّقةً في ص ٤٢٦ و٤٣٥ و٥٠٧.

بها: لاختلاف الغرض باختلافه.

وفي محكيّ المبسوط أنّه عقد لها ضابطاً، فقال: «وجملته: أنّ الشفيع متى بلغته الشفعة ولم يأخذ لغرض صحيح ثمّ بان خلاف ذلك لم تسقط شفعته»[١].

ونحوه ضابط الكركي، قال: «كلّ أمر ظهر له وقوع البيع عليه والغرض الصحيح قد يتعلّق بغيره فتبيّن خلافه فالشفعة بحالها، لا تبطل للعذر»[٢].

ونحوهما ما في المسالك من «أنّ التأخّر لغرض صحيح أو عذر معتبر لا يخلّ بالفوريّة»[٣].

والأصل في ذلك: أنّ المسلّم من دليل الفوريّة لو قلنا بها ـ بملاحظة ما ذكروه من الأعذار المزبورة، وما ورد من النصّ على الغائب[٤]، ودعوى غيبة الثمن ـ البطلان مع الإهمال وعدم الأخذ رغبةً عنها من حيث هي، لا لأمر غير ذلك وقد تبيّن خلافه، نحو ما سمعته من الأعذار؛ لإطلاق ما دلّ على كونه أحقّ من غيره المقتصر في تقييده على ما هو المتيقّن من الإهمال المزبور، دون الأعذار المذكورة التي يتعلّق بها غرض العقلاء.

---

(١) المبسوط: الشفعة / الحيل التي تسقط بها ج ٣ ص ١٥٣.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤١٠.

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٣٦.

(٤) تقدّم في ص ٤٣٥.

نعم، لو أخبره بقلّة الثمن ـ مثلاً ـ أو تأجيله فلم يشفع ثمّ بان كثرته وحلوله، فإنّه من الإهمال المسقط على القول بالفوريّة؛ لعدم ظهور كون الترك لعذر تبيّن خلافه. اللّهمّ إلّا أن يفرض تعلّق غرض بكون الثمن كثيراً أو حالاً، والله العالم.

﴿وكذا﴾ يعذر ﴿لو كان محبوساً بحقّ[1] وهو عاجز عنه﴾ بخلاف ما لو كان قادراً؛ لأنّ التأخير من قبله حينئذٍ، إذ يجب عليه دفع الحقّ ليخلص من الحبس المانع من تعجيل المطالبة، أو يوكّل من يأخذ له بها كما في المسالك[2] وغيرها[3].

ج ٣٧ / ٣٣٩

وهو جيّد مع علمه بها، أمّا إذا كان الحبس المزبور مانعاً له من العلم بها فالظاهر كونه عذراً وإن أثم هو بتأخير الحقّ المحبوس عليه.

كما أنّه معذور لو كان محبوساً بباطل وإن قدر على أدائه قليلاً كان أو كثيراً ﴿و﴾ قد علم بها؛ اذ لا يجب عليه دفع ما ليس مستحقّاً عليه. نعم، يشترط في بقائها أن يكون قد ﴿عجز﴾ مع ذلك ﴿عن الوكالة﴾ وإلّا بطلت شفعته.

والمراد بالحقّ: ما كان في ظاهر الشرع كذلك وإن لم يعترف هو به بل ادّعى المظلوميّة، وإن احتمل[4]، لكنّه واضح الضعف.

﴿و﴾ كيف كان، فبناءً على أنّها ﴿تجب المبادرة إلى المطالبة عند

---

(١) في نسخة الشرائع: لحقّ.

(٢) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣١٧.

(٣) كجامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٠٩.

(٤) المصدر قبل السابق.

العلم﴾ أي الأخذ[١] بالشفعة عند العلم بتحقّق سببها: الاشتغال بالأخذ ومقدّماته ﴿لكن على ما جرت العادة به غير متجاوز عادته في مشيه﴾ وإن قدر على الأزيد منه، وانتظار الصبح لو علم ليلاً.

﴿ولو كان متشاغلاً بعبادة واجبة أو مندوبة﴾ صلاة أو غيرها ﴿لم يجب عليه قطعها، وجاز الصبر حتّى يتمّها﴾ وإن كان القطع سائغاً له.

﴿وكذا لو دخل عليه وقت الصلاة صبر حتّى يتطهّر ويصلّي متّئداً[٢]﴾ أي متوانياً ومتثبّتاً، وكذا بالنسبة إلى مقدّماتها ومتعلّقاتها الواجبة والمندوبة التي يعتادها، وانتظار الجماعة، وتحرّي الرفقة حيث يكون الطريق مخوفاً ليصحبهم هو أو وكيله، وزوال الحرّ والبرد المفرطين، ولبس الخفّ ونحوه، وغلق الباب، والخروج من الحمّام بعد قضاء وطره لو سمع بعد دخوله، والسلام على المشتري بعد وصوله وتحيّته بالمعتاد... ونحو ذلك ممّا ذكره الشيخ[٣] والفاضل[٤] والشهيدان[٥] وغيرهم[٦].

↑ ج ٣٧ / ٣٤٠

---

(١) في العبارة نقص، والأولى التعبير بدل «أي الأخذ» بـ «فالأخذ» مثلاً.

(٢) ضبطت بـ «متأيداً» في نسخة الشرائع.

(٣) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٠٨.

(٤) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥١، تذكرة الفقهاء: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٢ ص ٣١٧، تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٠ ـ ٥٧١.

(٥) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٤ ـ ٣٦٥، مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣١٩.

(٦) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الشفعة / في الشرائط ج ٩ ص ٢٢ ـ ٢٣ و٢٥ ـ ٢٦.

بل في جامع المقاصد: «أنّ من ذلك تشييع المؤمن والجنازة وقضاء حاجته[١] وعيادة المريض وما جرى هذا المجرى ممّا لم تجر العادة بالإعراض عنه، وخصوصاً إذا كان موجباً للطعن فيه»[٢].

وبالجملة: فذلك ونحوه لا يسقط الشفعة حتّى لو تمكّن من التوكيل معه وتركه؛ لأنّه زمان قصير، فإنّ العذر الذي لا تسقط معه الشفعة قسمان:

أحدهما: ما ينتظر زواله عن قريب، كالاشتغال بالصلاة والطعام وقضاء الحاجة ونحوها، وهذا لا يجب عليه التوكيل معه وإن تمكّن منه؛ لأنّ انتظار زواله غير منافٍ للفوريّة المعتبرة فيها عند القائل بها.

والثاني: ما لا ينتظر زواله عن قريب، كالسفر والمرض والحبس على الوجه السابق، وهذا تجب عليه المبادرة أو التوكيل مع القدرة.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿ـلو علم بالشفعة مسافراً﴾ مثلاً ﴿فإن﴾ كان ﴿قدر على السعي أو التوكيل فأهمل بطلت شفعته، ولو عجز عنهما لم تسقط[٣] وإن لم يشهد بالمطالبة﴾ وإن تمكّن منه، كما تقدّم الكلام في ذلك وغيره مفصّلاً في أوّل المقصد الثاني[٤].

لكن في المسالك هنا: «هذا كلّه إذا كان غائباً، أمّا مع حضور

---

(١) في المصدر: وقضاء حاجة طالب الحاجة.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٠٢.

(٣) في نسخة الشرائع: لم يسقط.

(٤) في ص ٤٣٤...

المشتري فلا يعدّ شيء من هذه عذراً؛ لأنّ قوله: (أخذت بالشفعة) لا ينافي شيئاً من ذلك»[١].

قلت: إنّ كلامهم في المقام وفي ثبوت الشفعة للغائب صريح أو كالصريح في عدم وجوب المبادرة إلى القول المزبور وإن كان متمكّناً، بل ليس شيء ممّا ذكروه عذراً عن الفوريّة ـ من الحبس وغيره ـ صالحاً لأن يكون عذراً عن القول المزبور الذي لا ينافيه حبس ولا غيره.

ج ٣٧ / ٣٤١

ومنه يعلم: أنّ الأخذ بالشفعة ليس عبارة عن القول المزبور، بل هو مع دفع الثمن، أو أنّه لا يثبت حقّ الشفعة إلّا بعد دفعه كما ذكرناه سابقاً، وحينئذٍ فلا يترتّب على القول المزبور بدونه أثر من تملّك العين أو غيره، وذلك كلّه شاهد على خلاف ما سمعته سابقاً من الكركي وبعض أتباعه.

بل ذكرهم كيفيّة فور الشفيع بالنسبة إلى حضوره عند المشتري كالصريح أيضاً في ذلك؛ ضرورة أنّه إذا كان أخذ الشفعة ـ الذي هو فوري ـ هو قول: «أخذت» لا يحتاج معه إلى ذكر كيفيّة الفور في مشيه إلى المشتري، بل لا يحتاج إلى أصل حضوره معه، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

وكيف كان، فظاهر الأصحاب أيضاً ـ بل عن الفاضل في التذكرة[٢]

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣١٩.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٢ ص ٣١٨.

والكركي في جامعه[1] التصريح به ـ قبول دعواه في وجود الأعذار المزبورة، من غير فرق بين ما لا يعرف إلّا من قبله وغيره.

ولعلّه لما أشرنا إليه سابقاً من اقتضاء إطلاق الأدلّة ثبوت حقّه مطلقاً، ولكن خرج منه صورة الإهمال مع عدم عذر أصلاً، فما لم تتحقّق فهو على حقّه، ومنه يعلم حكم حال الشكّ.

وليس القائل بالفوريّة يقول: إنّ الشفعة الثابتة هي التي على جهة الفور على وجهٍ تكون الفوريّة قيداً لها وإنّ الأعذار المزبورة كالمستثنى منها؛ ضرورة عدم دليل له لا على المستثنى ولا على المستثنى منه، بل ذكره للأعذار المزبورة ـ غير مشير إلى دليل مخصوص في شيء منها ـ كالصريح فيما قلناه.

ج ٣٧ / ٣٤٢

بل ذكر غير واحد من الأصحاب عدم وجوب الإشهاد على العذر[2] ـ بل في المسالك: «لا يجب ذلك عندنا»[3] مشعراً بالإجماع عليه ـ يشهد لذلك أيضاً؛ ضرورة كون مبناه أنّه مصدَّق في حصول العذر، فلا يحتاج إلى الإشهاد.

وفي القواعد: «فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب، فإن منعه مرض أو حبس في باطل فليوكّل إن لم يكن فيه مؤونة ومنّة ثقيلة، فإن لم يجد

---

(١) جامع المقاصد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٦ ص ٤٣٨.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٠٩، تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧١.

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢٠.

فليشهد ، فإن ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان»[١].

وعلّله في جامع المقاصد بـ«أنّ الحقّ قد ثبت والأصل بقاؤه ، ولأنّ فائدة الإشهاد ثبوت العذر ، وهو يثبت بإقرار المشتري أو يمين الشفيع على نفي التقصير ؛ لأنّ الأصل معه فلا أثر لتركه ، ولعموم دلائل الشفعة المتناولة لمحلّ النزاع»[٢].

لكنّه قد حكى فيه قولاً آخر بالسقوط؛ معلّلاً له بـ«أنّ الإشهاد قائم مقام الطلب ، فتركه بمنزلة تركه» ثمّ قال : «وفي المقدّمتين منع»[٣].

وكأنّه أشار بذلك إلى ما ذكره الفخر في محكيّ الإيضاح من أنّ «الأصحّ البطلان إذا لم يشهد؛ لأنّ الإشهاد قائم مقام الطلب فتركه كتركه ، وأنّ الترك أعمّ من أن يكون لعذر أو لا ، ولا يعلم الأوّل إلّا بالإشهاد ، والشفعة على خلاف الأصل»[٤].

إلّا أنّ ذلك كلّه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرنا .

بل من التأمّل فيه يعلم : أنّه لا تجتمع كلماتهم إلّا على مدخليّة إحضار الثمن في استحقاق الأخذ بالشفعة أو في التملّك بالقول أو الفعل؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن .

ودعوى : الاكتفاء بإطلاق ما دلّ على ثبوت الشفعة ، يدفعها : ما عرفته سابقاً من أنّه لا إطلاق يوثق به بعد قوله عليه‌السلام في بعضها :

↑ ج ٣٧ / ٢٤٣

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢٥٧.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٦ ص ٤٣٨.

(٣) المصدر السابق.

(٤) إيضاح الفوائد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢١٨.

«بالثمن»[١] المحتمل لما سمعت، وبعد ظهور أكثر الكلمات المذكورة ـ في بيان الأعذار، وفي كيفيّة المبادرة ـ في خلاف ذلك وفي عدم الاكتفاء بالأخذ القولي.

بل في جامع المقاصد: «أنّ القوم مطبقون على وجوب السعي إلى المشتري، والقائلون بالفور جعلوه على الفور»[٢].

لكنّه حكى عن التذكرة أنّه قال فيها: «لو لم يتمكّن من المضيّ إلى أحدهما ـ أي المشتري أو القاضي ـ ولا من الإشهاد، فهل يؤمر أن يقول: تملّكت الشقص أو أخذته؟ الأقرب ذلك؛ لأنّ الواجب الطلب عند القاضي أو المشتري، فإذا فات القيد لم يسقط الآخر. وللشافعيّة وجهان»[٣].

قلت: لا يخفى عليك ما فيه من عدم الدليل على وجوب القول المزبور، بل الظاهر أنّه لا أثر له كما عرفت.

وفي المحكي من بعض عباراتها أيضاً: «لا يشترط في تملّك الشفيع الشفعة بالشقص[٤] حكم الحاكم ولا حضور الثمن أيضاً ولا حضور المشتري ولا رضاه عند علمائنا»، ثمّ أخذ في الاحتجاج على ذلك وقال: «إنّ الأخذ بالشفعة كالردّ بالعيب لا يحتاج إلى حضور المشتري

---

(١) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٦ ص ٤٣٩.

(٣) المصدر السابق، وانظر تذكرة الفقهاء: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٢ ص ٣٢٢.

(٤) في المصدر بدل «الشفعة بالشقص»: بالشفعة.

ورضاه»[١].

وقال أيضاً: «لو لم يمض إلى المشتري ومضى إلى الحاكم لم يكن مقصّراً في الطلب»[٢].

وقال فيها أيضاً: «إنّ ذلك ـ أي حضور الشريك أو الحاكم أو العدلين ـ غير شرط عند أصحابنا»[٣].

إلى غير ذلك ممّا ذكر فيها ممّا هو غير منقّح، وفيه احتمالات متعدّدة.

ج ٣٧ / ٣٤٤

وكذا ما عن المبسوط، فإنّه قال في مقامٍ: «إذا ثبت أنّ له المطالبة فهي على ما جرت العادة به، فمتى بلغه وجوب الشفعة سار إلى المطالبة على حسب العرف والعادة، فإن لم يكن مشغولاً بشيء قام من وقته، وإن كان مشغولاً بشيء كالصلاة والطهارة والأكل فحتّى يفرغ، وإن كان وقت الصلاة قد دخل فحتّى يؤذّن ويقيم ويصلّي ويتطهّر إن كان على غير طهر، وإن كان البلاغ ليلاً فحتّى يصبح، ولا يلزمه أن يجدّ بسيره بل يمشي على سجيّة مشيه، ولا يستعجل فيه وإن كان قادراً على العجلة، وإن كان راكباً فلا يركض ولا يعدو بل يسير على سجيّة مشيه؛ لأنّه هو العرف والعادة»[٤].

---

(١) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٤٨.

(٢) تذكرة الفقهاء: (قبل ثلاثة هوامش: ص ٣٢١).

(٣) الهامش قبل السابق: ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨.

(٤) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٠٨.

وقال في مقام آخر: «إذا وجبت له الشفعة فسار إلى المطالبة على العادة، قال قوم: إن أتى المشتري فطالبه فهو على شفعته، وإن تركه ومضى إلى الحاكم فطالبه بها عنده فهو على شفعته عند قوم. وقال قوم: تبطل شفعته، فإن ترك الحاكم والمشتري معاً ومضى فأشهد على نفسه أنّه على المطالبة بطلت شفعته. وقال أبو حنيفة: لا تبطل ويكون على المطالبة بها أبداً. وقال من خالفه: إنّه غلط؛ لأنّه ترك المطالبة بها مع القدرة عليها. وقول أبي حنيفة أقوى؛ لأنّه لا دليل على بطلانها»[١].

والغرض من نقل هذه العبارات: بيان أنّ المبسوط والتذكرة لا وثوق بما يصدر من بعض العبارات فيهما؛ لأنّهما مساقان للبحث مع العامّة، فربّما وقع فيهما ما يظنّ أنّه على مذهبنا، وهو بحث منهما مع العامّة على أُصولهم.

وإلّا فتحقيق الحال: أنّه لا أثر في نصوصنا ولا في أُصولنا لاعتبار حكم الحاكم أو حضوره في الأخذ بالشفعة، ولا للإشهاد، لا بالنسبة إلى الصحّة ولا بالنسبة إلى إثبات ذلك أو إثبات العذر المانع له.

ج ٣٧ / ٣٤٥

نعم، قد سمعت الكلام في قوله عليه السلام: «فهو أحقّ بها من غيره بالثمن»[٢]، وأمّا خبر ابن مهزيار[٣] فليس فيه إلّا إنظار ثلاثة أيّام لمن

---

(١) المبسوط: الشفعة / الحيل التي تسقط بها ج ٣ ص ١٥٦.

(٢) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٣) تقدّم في ص ٤٢٦.

كان في المصر بالنسبة إلى إحضار الثمن، وأنّه إذا ادّعى غيبته في بلد آخر ينتظر مع ذلك مقدار ذهابه وإيابه.

نعم، بناءً على ما ذكرناه من اعتبار إحضار الثمن في أصل استحقاق الأخذ بالشفعة أو في التملّك، لو فرض غيبة المشتري أو حصول مانع له من المواجهة معه ولا وكيل له، فهل يقوم الحاكم مقامه فإن تعذّر فالإشهاد، أو لا يعتبر شيء من ذلك ـ كما هو مقتضى الأُصول والقواعد وإطلاق نصوص الباب ـ فتبقى حينئذٍ الشفعة لصاحبها بحاله[1] مع عدم الإهمال منه؟

قد يحتمل الأوّل هنا ـ بل وكذا فيمن له الخيار وأراد الفسخ ـ وإن كان الأقوى ما عرفته.

ولعلّ إهمال الأصحاب ذكر الأعذار الحاصلة للشفيع بسبب المشتري، اتّكالاً على ظهور الأمر وأنّها أولى من الأعذار المتعلّقة بالشفيع، فتأمّل جيّداً؛ فإنّ المسألة لا تخلو من تشويش، ومنه وقع الكركي فيما سمعت، والله العالم والهادي.

ولقد ظهر لك ممّا ذكرناه من الأصل المزبور: أنّه لو جهل استحقاق الشفعة فهو على شفعته ـ كما صرّح به غير واحد[2] ـ للإطلاق. نعم، قيّده

---

(١) الأولى التعبير بدلها بـ«بحالها».

(٢) كالشهيد في الدروس: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٥، والكركي في جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٠٤.

بعضهم بما إذا كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في بـرّيّة لا يعرفون الأحكام[١]، مع أنّ الأصحّ خلافه؛ ضرورة عدم كون ذلك من الضروريّات التي لا يعذر فيها إلّا من كان كذلك.

وكذا الحال فيما لو علم ثبوتها وجهل فوريّتها.

ولكن في جامع المقاصد: «أنّ الظاهر السقوط»[٢]. وفيه: أنّه لا فرق بينه وبين الأوّل الذي اعترف فيه بعدم السقوط، كما هو الموافق لما ذكرناه من الأصل.

ج ٣٧ / ٣٤٦

بل وكذا الحال في النسيان، وإن تردّد فيه في محكيّ التحرير[٣]، بل قال بعض الناس: إنّ السقوط به لأنّه معذور[٤][٥].

لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه، الذي مرجعه الاقتصار في سقوطها على إهمالها بعد التمكّن منها من سائر الوجوه، وإن أطلق بعضهم على ذلك اعتبار الفوريّة فيها[٦]، لكنّ المراد منه ـ بقرينة ما سمعت من الأعذار ـ ذلك، بل ستعرف تعبير المصنّف عن

---

(١) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٢ ص ٣٢٥. وانظر أيضاً الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤٠٦.

(٢) انظر «جامع المقاصد» في الهامش قبل السابق.

(٣) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٢.

(٤) في التعبير حزازة، والمراد عدم سقوط الشفعة أو عدم سقوط المطالبة لأنّه معذور.

(٥) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٥. الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤٠٦، رياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٨٩.

(٦) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥١.

ذلك بالمسقطات، والله العالم.

﴿ولا تسقط[١] الشفعة بتقايل المتبايعين﴾ كما صرّح به الشيخ[٢] وبنو البرّاج[٣] وحمزة[٤] وإدريس[٥] والفاضل[٦] وولده[٧] والشهيدان[٨] والكركي[٩] وغيرهم[١٠] على ما حكي عن بعضهم، بل لا أجد فيه خلافاً بينهم ﴿لأنّ الاستحقاق﴾ لها قد ﴿حصل بالعقد﴾ الذي صدق معه أنّ الشريك قد باع نصيبه، وهو عنوان ثبوتها في النصّ والفتوى ﴿فليس﴾ حينئذٍ ﴿للمتبايعين إسقاطه﴾ بالإقالة.

نعم، لمّا كانت أدلّة الإقالة مطلقة أيضاً شاملة للفرض، حكم

---

(١) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: ولا يسقط حقّ.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة، والحيل التي تسقط بها الشفعة ج ٣ ص ١٢٤ و١٣٩.

(٣) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٥.

(٤) الوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٩.

(٥) السرائر: المتاجر / في الشفعة ج ٢ ص ٣٩٤.

(٦) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٦، قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٣، إرشاد الأذهان: الشفعة / في الأحكام ج ١ ص ٣٨٧، تذكرة الفقهاء: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢٣١.

(٧) شرح الإرشاد: الشفعة / في الأحكام ذيل قول المصنّف: «ولو تقايل المتبايعان...» إلخ ورقة ٥٣ (مخطوط).

(٨) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٣ ج ٣ ص ٣٧٢، اللمعة الدمشقيّة: كتاب الشفعة ص ١٧٠، مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢١، الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤٠٧.

(٩) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤١٤.

(١٠) كالسبزواري في الكفاية: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٤٧، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٩٢٩ ج ٣ ص ٧٩.

بصحّتها مع وقوعها وترتّب آثارها من النماء وغيره، إلّا أنّ للشفيع فسخها حينئذٍ باعتبار سبق حقّه، فيكون حينئذٍ بقاء صحّتها مراعى بعفو الشفيع، فإن حصل استمرّ وإلّا انفسخ من حينه.

لكن عن الشهيد في حواشيه أنّه قال: «يفهم من فسخ الإقالة والردّ أمران، الأوّل: الفسخ مطلقاً بالنسبة إلى الجميع، فتكون الإقالة والردّ نسياً منسيّاً، الثاني: أنّه بالنسبة إلى الشفيع خاصّة؛ لأنّهما مالكان حال التصرّف، فيترتّب أثر تصرّفهما عليه ـ قال: ـ وتظهر الفائدة في النماء؛ فعلى الأوّل نماء الثمن بعد الإقالة والردّ للبائع ونماء المبيع للمشتري، وعلى الثاني بالعكس»[1].

ج ٣٧ / ٣٤٧

وفي جامع المقاصد ـ بعد أن حكى ذلك عنه ـ قال: «أقول: إنّ الإقالة والردّ يقتضيان الفسخ، والفسخ لا يتجزّأ، فإمّا الصحّة مطلقاً أو البطلان مطلقاً، وحيث كان حقّ الشفيع أسبق كان الوجه البطلان مطلقاً»[2].

قلت: لكن من حينه كما هي القاعدة في الفسوخ، وحينئذٍ يكون مختاره الشقّ الأوّل لكن على الوجه الذي ذكره، لا ما عساه يظهر من الشهيد من ارتفاع الإقالة والفسخ من أصلهما كما عساه يومئ إليه الثمرة المزبورة.

(١) الحاشية النجّاريّة (موسوعة الشهيد الأوّل): ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤١٥.

اللّهمّ إلّا أن يريد أنّ نماء الثمن بعد فسخ الإقالة يكون للبائع ونماء المبيع للمشتري، لا النماء المتخلّل بين الإقالة وفسخ الشفيع: ضرورة أنّ مرجع ذلك حينئذٍ إلى عدم تأثير ما وقع من الإقالة والردّ.

وهو ـ مع أنّه ليس قولاً لأحد منّا، بل ولا من العامّة عدا ما تسمعه من ابن شريح، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه ـ منافٍ لإطلاق دليلهما الذي لا ينافيه تعلّق حقّ الشفيع بعد أن تسلّط به على الخيار؛ إذ لا دليل على منافاة تعلّق حقّه لأصل صحّتهما على وجهٍ لا يؤثّر سببها، وإن كان قد يتوهّم من نحو عبارة المتن، إلّا أنّ صحيح النظر فيها وفيما تعقّبها يقتضي خلافه، خصوصاً بعد تصريح الفاضل وغيره بأنّ للشفيع فسخ الإقالة والردّ:

قال في القواعد: «فإن تقايل المتبايعان أو ردّ بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والردّ، والدرك باقٍ على المشتري»[1]. ونحوه غيره[2] بل أصرح منه.

↑ ج ٣٧ / ٣٤٨

بل قيل: «إنّ الإجماع البسيط والمركّب على عدم كون ذلك كالفضولي موقوف[3] على الإجازة من الشفيع، وإلّا كان باطلاً من أصله»[4]. وهو كذلك، خصوصاً في مثل تصرّف المشتري مثلاً بالوقف

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٣.

(٢) كالشيخ في المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٣٩، والشهيد في اللمعة: كتاب الشفعة ص ١٧٠.

(٣) الأولى التعبير بـ«موقوفاً».

(٤) مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٦٠٣ (بتصرّف).

ونحوه، فإنّ المحكي عن ابن شريح[١] خاصّة عدم صحّة التصرّف[٢]، وقد أطبق العامّة والخاصّة على خلافه.

وحينئذٍ فالمراد من قول المصنّف وغيره[٣]: ﴿والدرك باقٍ على المشتري﴾ أنّه بعد فسخ الشفيع الإقالة والردّ بشفعته في الشقص يكون الدرك باقياً على المشتري؛ لانفساخ الإقالة والردّ السابقين.

لا أنّ المراد: مع فرض بقاء أثرهما ـ من كون الشقص ملكاً للبائع ـ للشفيع أن يشفع به ويأخذه من ملك البائع بالثمن السابق على الإقالة، ولكنّ الدرك يكون على المشتري لاستصحاب بقائه.

وإن احتمله بعض الناس، بل ادّعى أنّه الموافق لقواعد الباب وغيرها ومحكيّ الإجماع على أنّ الدرك على المشتري[٤]، وحينئذٍ فيجمع بين: ما دلّ على بقاء الشفعة، وعلى صحّة الإقالة والردّ، وكون الدرك على المشتري.

ولا ينافي ذلك كون الأخذ حينئذٍ من البائع؛ إذ ليس في نصوص الشفعة ما يقتضي اشتراط صحّتها بكون الأخذ من المشتري، بل صرّح الفاضل: بأخذ الشفيع من البائع فيما إذا اختلف المتبايعان وتحالفا[٥]،

(١) في المصدر: ابن سريج.
(٢) العزيز: ج ٥ ص ٥٢١.
(٣) انظر «القواعد» المتقدّم آنفاً.
(٤) انظر «مفتاح الكرامة» المتقدّم آنفاً.
(٥) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٣.

بل في محكيّ الخلاف: «أنّ الشفيع يأخذ من البائع فيما إذا ادّعى المالك البيع وأنكر المشتري وحلف»[١].

إلّا أنّه مخالف لظاهر جماعة وصريح آخرين، كالفاضل[٢] والكركي[٣] وثاني الشهيدين[٤] وغيرهم[٥]، بل يمكن دعوى القطع بخلافه، خصوصاً بملاحظة عدم الدليل على ضمان درك ما هو ملك الغير من دون سبب من أسباب الضمان، وخصوصاً بملاحظة الإجماع بقسميه ـ فضلاً عن ظاهر الأدلّة ـ على أخذ الشفيع من المشتري بمعنى الانتقال من ملكه إليه.

↑ ج ٣٧ / ٣٤٩

نعم، لعلّ الأولى من ذلك:

احتمال سقوط الشفعة من أصلها، بناءً على ظهور قوله عليه السلام: «فهو أحقّ بها من غيره بالثمن»[٦] في عدم ردّ المبيع إلى المالك الذي هو الشريك الأوّل، كما تسمعه[٧] عن المروزي في تصرّف المشتري بوقف أو بيع أو نحوهما.

أو القول بعدم تأثير الإقالة؛ باعتبار تعلّق حقّ الشفيع في العين نفسها

(١) الخلاف: الشفعة / مسألة ٣٤ ج ٣ ص ٤٥١ ـ ٤٥٢ (بتصرّف).
(٢) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٦.
(٣) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤١٦.
(٤) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢٣.
(٥) كالطباطبائي في الرياض: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٩٠.
(٦) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.
(٧) في ص ٥٣٣.

على وجهٍ يكون الدرك على المشتري، ولا يكون ذلك إلّا بعدم تأثير الإقالة والردّ كما سمعته من ابن شريح.

إلّا أنّهما معاً يمكن دعوى الإجماع من المسلمين على خلافهما، فضلاً عن غيره من الأدلّة.

وعلى كلّ حال، فالاحتمال ـ مع فرضه ـ إنّما هو بهذا المعنىٰ، لا أنّهما مؤثّران والشفيع باقٍ على شفعته فيأخذ من البائع ويكون مع ذلك الدرك على المشتري الذي قد زال شراؤه بالإقالة، بل مرجع ذلك إلى تبعّض حكمها الذي أشار إليه الشهيد في أحد الوجهين السابقين.

ولقد أطنب هنا بعض الناس[1] بما لا يرجع إلى محصّل، بل لعلّ التأمّل فيه يقضي بتناقض أطرافه ووسطه، فضلاً عن مخالفته لإجماع المسلمين، فضلاً عن الخاصّة، فالمتّجه حينئذٍ ما ذكرناه.

﴿نعم، لو رضي﴾ الشفيع ﴿بالبيع﴾ على وجهٍ تسقط به شفعته ﴿ثمّ تقايلا لم يكن له شفعة؛ لأنّها﴾ أي الإقالة ﴿فسخ﴾ كالردّ بالعيب ﴿وليست بيعاً﴾ عندنا، خلافاً لأبي حنيفة[2]، وهو واضح البطلان كما تقدّم ذلك في محلّه[3].

لكن بقي شيء: وهو أنّ مقتضى ما سمعته من عبارة الفاضل السابقة

---

(١) كالعاملي في مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٦٠١ فما بعدها.

(٢) اللباب: ج ٢ ص ٣٢، حلية العلماء: ج ٥ ص ٢٩٥، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٧٠، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٦٥ ـ ٤٦٦.

(٣) في ج ٢٥ ص ٦٧٣...

ج ٣٧ / ٣٥٠

مساواة حكم الردّ بالعيب للإقالة، بل هو المحكي أيضاً عن جميع من عرفت ممّن صرّح بحكمها.

لكن قد يشكل بإمكان الفرق بينهما: بسبق حقّ الشفيع على ما وقع بينهما من الإقالة التي هي كالتصرّف من المشتري الذي ستعرف عدم سقوط الشفعة به، بخلاف الردّ بالعيب الثابت بنفس العقد الذي هو إن لم يكن أسبق من حقّ الشفعة ـ باعتبار تأخّره ولو ذاتاً عن تمام العقد ـ وإلّا[1] فهو مقارن، فلا ترجيح لحقّ الشفيع على حقّه.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ حقّ الردّ بالعيب إنّما يثبت حين العلم به، بخلاف حقّ الشفيع الثابت بتمام العقد.

ولكن قد يناقش: بمنع اعتبار العلم في استحقاق الردّ به، بل هو ثابت بنفس العقد، ولكن لا يحصل له الأخذ بحقّه ـ إن شاء ـ إلّا بعد العلم به.

ومن هنا صرّح غير واحد: باقتران الحقّين وتساويهما في الثبوت، إلّا أنّه ادّعى تقديم حقّ الشفيع على حقّ المشتري باعتبار أنّ الثمن حاصل له من الشفيع، فلا ضرر عليه[2].

ولكنّه كما ترى إن لم يكن إجماعاً؛ لـ:

---

(١) كأنّه لا حاجة لهذه الكلمة.

(٢) الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤٠٧ ـ ٤٠٨، مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٦٠٤ ـ ٦٠٥.

إمكان منع الاقتران أوّلاً : ضرورة تأخّر حقّ الشفعة عن تمام العقد ، ولذا كان حقّ البائع مقدّماً على حقّ الشفيع إذا كان له الخيار بالاشتراط في العقد مثلاً ، فيفسخ ويرجع المال إليه وإن شفع الشفيع به .

وإمكان منع الترجيح ثانياً : بعدم انحصار الأمر في الثمن؛ إذ الدرك عليه ، وهو ضرر آخر عليه . مضافاً إلى ما عرفته سابقاً من عدم صلاحيّة مثل ذلك لإسقاط حقٍّ اقتضاه الدليل ، فليس حينئذٍ إلّا الإجماع إن تمّ .

كما أنّه ليس لما ذكروه سابقاً من سقوط خيار المشتري بالشفعة ـ بخلاف خيار البائع ـ إلّا الإجماع إن تمّ ، وإلّا فالمتّجه بقاؤهما معاً وسقوط الشفعة ؛ لسبق تعلّق حقّهما عليه ، فتأمّل جيّداً .

↑ ج ٣٧ / ٣٥١

وكيف كان ، فلا خلاف أجده بيننا[1] في أنّ تصرّف المشتري في الشقص قبل الأخذ الصحيح يترتّب عليه الأثر؛ لإطلاق الأدلّة السالم عن معارضة تعلّق حقّ الشفيع بعد أن لم يكن دليل يقتضي أنّ مثله مانع من التصرّف ـ كحقّ الرهانة ـ إلّا القياس الممنوع عندنا ، فيكون حينئذٍ كحقّ تعلّق الدين بالتركة ، الذي لا يمنع الوارث من التصرّف لو أراده ، وإن تسلّط بعد ذلك على فسخه إن لم يدفع له الدين .

بل لا خلاف أجده في ذلك أيضاً بين العامّة[2] إلّا ما يحكى عن

---

(١) نقل الإجماع في مفتاح الكرامة: (انظره في الهامش السابق: ص ٥٩٢ ـ ٥٩٣).

(٢) الهامش السابق.

ابن شريح[١] منهم: فقاس تعلّق الحقّ المزبور على حقّ الرهانة[٢]، وهو كما ترى.

نعم، لا يبطل ذلك حقّ الشفيع بلا خلاف أجده أيضاً بيننا[٣] ـ لسبق تعلّقه، وإطلاق ما دلّ على ثبوته ـ بل ولا بين العامّة أيضاً إلّا ما يحكى عن المروزي منهم: من سقوطها حينئذٍ[٤]، وهو واضح الضعف عندنا وعندهم.

لكن تصرّف المشتري يقع على نوعين، أحدهما: ما تثبت فيه الشفعة أيضاً كالبيع ﴿و﴾ ثانيهما: ما ليس كذلك.

فإن كان الأوّل كما ﴿لو باع المشتري كان للشفيع فسخ البيع والأخذ من المشتري الأوّل، وله أن يأخذ من الثاني﴾ بلا خلاف أجده في شيء من ذلك[٥]، بل ولا إشكال؛ لأنّ كلّاً منهما سبب تامّ في ثبوت الشفعة، فالتعيين إلى اختياره.

﴿وكذا﴾ لو زادت العقود عن الاثنين، فإن أخذ بالشراء الأوّل دفع الثمن وبطل المتأخّر مطلقاً، وإن أخذ بالأخير أخذ بثمنه وصحّ السابق

---

(١) في المصدر: ابن سريج.

(٢) العزيز: ج ٥ ص ٥٢١.

(٣) كما في مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٥٩٣.

(٤) العزيز: ج ٥ ص ٥٢١.

(٥) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٤٠، والمهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٥، وتحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٥، والدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٣ ج ٣ ص ٣٧٢.

مطلقاً؛ لأنّ الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه، وإن أخذ بالمتوسّط أخذ بثمنه وصحّ ما تقدّمه وبطل ما تأخّر عنه.

فلو باعه المشتري بعشرة فباعه الآخر بعشرين فباعه الآخر أيضاً بثلاثين؛ فإن أخذ من الأوّل دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلاثين والثاني على الأوّل بعشرين؛ لأنّ الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده، وكذا الثاني. ولو أخذ من الثاني صحّ الأوّل ودفع عشرين وبطل الثالث، فيرجع بثلاثين. ولو أخذ من الثالث صحّت العقود ودفع ثلاثين، كما هو واضح.

↑ ج ٣٧ / ٣٥٢

نعم، ينبغي أن يعلم: أنّ فسخه يكون بشفعته؛ لأنّه هو الثابت له من الأدلّة، ويكون انتقاله حينئذٍ إلى المشتري والشفعة به من الترتّب الذاتي، بل لا يبعد القول بعدم أثر لقوله: «فسخت» متقدّماً على الشفعة؛ لعدم الدليل عليه، بل لا يبعد بطلان الشفعة حينئذٍ بناءً على منافاة مثل ذلك لفوريّتها، كما تسمعه من بعضهم في مثل ذلك.

وإن كان الثاني كما **﴿لو وقفه المشتري أو جعله مسجداً فللشفيع إزالة ذلك كلّه وأخذه بالشفعة﴾** بلا خلاف أجده فيه بيننا[1]، بل ولا إشكال؛ لسبق حقّه، بل عن المبسوط: الإجماع على أنّ له نقض المسجد ـ إن كان قد بناه مسجداً ـ وأخذه بالشفعة[2].

---

(١) يظهر نفي الخلاف من مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢٢.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٤٠.

فما عن بعض العامّة: من عدم جواز نقض الوقف[١]، واضح الضعف، نحو ما سمعته سابقاً من بعضهم: من عدم جواز مطلق التصرّف للمشتري، وآخر: من سقوط الشفعة مطلقاً.

وممّا ذكرنا يظهر لك الحال فيما لو كان قد وهبه المشتري بعوض أو غير عوض هبة جائزة أو لازمة؛ ضرورة كونه كغيره من التصرّفات التي للشفيع فسخها والأخذ من المشتري بالثمن الذي أخذ به، فيملكه هو حينئذٍ دون الموهوب الذي قد انفسخت هبته وصار الدرك على الواهب الذي هو المشتري؛ لامتناع صحّة الهبة مع ذلك، كما صرّح به غير واحد[٢] بل لا أجد فيه خلافاً بينهم.

لكن في قواعد الفاضل: «والثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة، وإلّا فإشكال، فإن قلنا به رجع المتّهب بما دفعه عوضاً، وإلّا تخيّر بينه وبين الثمن»[٣].

ج ٣٧ / ٣٥٣

وهو ـ كما ترى ـ منافٍ لما عرفت، وإن وجّه كلامه الأوّل بـ«أنّ للواهب أن يرجع في أصل الهبة، فله أن يرجع في ثمن الموهوب»[٤]

---

(١) بدائع الصنائع: ج ٥ ص ٢٢، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٩٠، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٥٠٥، روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٧١.

(٢) كالشيخ في المبسوط: (الهامش قبل السابق)، والعلّامة في التذكرة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٥٢، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤١٠.

(٣) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٣.

(٤) مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٥٩٦.

ومقتضاه أنّه إن لم يرجع يكون الثمن للمتّهب.

وفيه: ـ مع أنّ مقتضاه أيضاً أن لا يكون إشكال في كون الثمن للمتّهب إذا كانت لازمة ـ أنّ ذلك لا يتمّ إلّا على تقدير كون الأخذ بالشفعة غير مبطل للهبة، وقد عرفت سابقاً أنّ الأخذ إنّما يكون بالبيع السابق الذي يمتنع معه الحكم بصحّة التصرّف اللاحق، كما اعترف به هو سابقاً في البيوع المترتّبة. مضافاً إلى معلوميّة منافاة كون الأخذ من المشتري والدرك عليه لبقاء الهبة وثبوت ملك المتّهب.

ونحوه يجري أيضاً فيما ذكره من الإشكال الذي قيل: «إنّه ينشأ: من بطلان الهبة بالأخذ بالشفعة لسبق حقّ الشفيع. ومن إمكان الجمع بين الحقّين، وحقّ الشفيع إنّما هو في العين، ولا فائدة له في إبطال الهبة من رأس، فيأخذها وتبقى الهبة بحالها، ويكون المراد من الإبطال: إبطال اختصاص المتّهب بالعين، لا إبطال أصل الهبة»[1].

إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه: من أنّ الشفيع إنّما يأخذ بالبيع الأوّل من المشتري الذي يكون الدرك عليه والثمن حقّ له، فليس حينئذٍ إلّا إبطال الهبة ورجوع الأمر كما كان قبلها.

ودعوى: انفساخها في حقّ الشفيع خاصّة دون الآخر، يدفعها: أنّ مقتضاها زوال الدرك عن المشتري حينئذٍ، على أنّ الفسخ لا يقبل التجزّؤ.

---

(١) المصدر السابق: ص ٥٩٨.

كما أنّ دعوى[١]: احتمال كون الدرك عقوبة للمشتري وإن لم يعد الملك له ـ والتجزّؤ بالنسبة إلى الأحكام ـ لا ينبغي أن يصغى إليها؛ إذ هي مجرّد تهجّس في مقابلة الأدلّة الشرعيّة.

↑ ج ٣٧ / ٣٥٤

ومن الغريب بعد ذلك ما في الإيضاح: من اختيار كون الثمن للمتّهب في اللازمة[٢]، وما عن حواشي الشهيد من أنّ «المنقول أنّ الهبة إن كانت لازمة يكون الثمن للموهوب له مطلقاً، وكذا إن تصرّف؛ لأنّها قد صارت لازمة»[٣]؛ إذ لم نعرفه قولاً لأحد من أصحابنا، بل صريح كلامهم خلافه كما لا يخفى.

ومن ذلك يظهر لك ضعف ما فرّعه الفاضل بقوله: «فإن...»[٤] إلى آخره، الذي معناه: أنّه إن قلنا بكون الثمن للواهب فإن كان المتّهب قد دفع عوضاً للهبة فقد فات المعوّض فيرجع به. وإن قلنا بأنّه للمتّهب تخيّر بين العوض ـ بأن يفسخ الهبة لفوات العين، فيرجع به ـ وبين بقائها فيأخذ الثمن لأنّه حقّه؛ إذ الفرض لزومها من طرف الواهب.

إلّا أنّ ذلك كلّه ـ كما ترى ـ لا ينبغي أن يسطر، ولعلّه من خرافات العامّة، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فلا إشكال كما لا خلاف[٥] في أنّ ﴿الشفيع يأخذ

---

(١) الهامش قبل السابق: ص ٥٩٩.

(٢) إيضاح الفوائد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢١١ ـ ٢١٢.

(٣) نقله في مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٥٩٩.

(٤) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٣.

(٥) كما في رياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٩٠.

من المشتري﴾ لأنّه المتيقّن من أدلّة الشفعة إن لم يكن المنساق، خصوصاً نحو قوله عليه‌السلام: «فهو أحقّ بها من غيره بالثمن»[1] ﴿و﴾ حينئذٍ يكون ﴿دركه عليه﴾ بلا خلاف أجده فيه أيضاً[2]، بل عن الغنية[3] والسرائر[4]: الإجماع على ذلك.

﴿و﴾ على الأخذ من المشتري، فـ ﴿لا يأخذ من البائع﴾ بمعنى الانتقال إليه من البائع الذي انقطع سلطانه عن العين بالبيع منه وصار للمشتري.

↑ ج ٣٧ / ٣٥٥

و﴿لكن لو﴾ فرض أنّ الشفيع ﴿طالب﴾ بشفعته ﴿و﴾ كان ﴿الشقص في يد البائع، قيل له: خذه[5] من البائع أو دعه[6]﴾ كما صرّح به غير واحد[7].

﴿ولا يكلّف المشتري القبض من البائع مع امتناعه ولو[8] التمس ذلك الشفيع﴾ بلا خلاف أجده فيه[9]، وإن قال في الكفاية: «إنّه

---

(١) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٢) كما في رياض المسائل: (الهامش قبل السابق).

(٣) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧.

(٤) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٠.

(٥) في نسخة الشرائع: خذ.

(٦ و٨) في نسختي الشرائع والمسالك: دع... وإن.

(٧) كالعلّامة في القواعد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٣، والكركي في جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤١٧، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤١١ ـ ٤١٢.

(٩) يظهر نفي الخلاف من مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢٣.

المشهور»[١] مشعراً بوجود مخالف، لكن لم أتحقّقه.

نعم، يحكى عن الشافعيّة قول: بأنّ له أن يكلّفه ذلك؛ لأنّ الشفيع بمنزلة المشتري من المشتري[٢].

وفيه منع واضح؛ ضرورة عدم دليل على وجوب ذلك، خصوصاً بعد كون الأخذ منه قهراً بلا معاوضة وتراضٍ بينهما، وإنّما الواجب عليه رفع يده عنه وكلّ مانع من جهته؛ لأنّ الشقص بالشفعة صار ملكاً للشفيع يأخذه أينما وجده من يد كلّ من هو في يده، ولا حقّ له على المشتري بحيث يكلّفه بقبضه حتّى يقبضه منه.

خصوصاً بعد أن لم يكن لذلك ثمرة ﴿و﴾ ذلك لأنّه ﴿يقوم قبض الشفيع مقام قبضه، و﴾ حينئذٍ ﴿يكون الدرك مع ذلك على المشتري﴾ وإن قبضه الشفيع من البائع؛ لما عرفت من أنّ الأخذ وانتقال الملك إليه منه، بل لعلّ المتّجه عدم إلزام المشتري بتحصيله من البائع لو فرض عصيانه به.

وليس للشفيع منع الثمن ـ الذي رضي المشتري ببقائه في ذمّته عند أخذه بالشفعة عليه ـ حتّى يسلّمه الشقص؛ لعدم المعاوضة بينهما الموجبة للتقابض، كما عرفته سابقاً.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿ليس للشفيع فسخ البيع﴾ الواقع بين

---

(١) كفاية الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٤٧.

(٢) المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٧٥ ـ ٤٧٦، المجموع: ج ١٤ ص ٣٣٨، العزيز: ج ٥ ص ٥٤٥، روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٨٤.

الشريك والمشتري ولو بالإقالة عن تراضٍ بينه وبين البائع، بلا خلاف أجده فيه[١]، بل ولا إشكال؛ لأصالة لزومه وانحصار حقّه في الأخذ من المشتري، بل قيل: «لو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفعته؛ لمنافاة مثله للفوريّة»[٢]، وإن كان فيه ما فيه.

↑ ج ٣٧ / ٣٥٦

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لو نوى الفسخ والأخذ من البائع لم يصحّ﴾ ولم يترتّب عليه أثر وإن كان الشقص في يد البائع وقبضه الشفيع من يده؛ لما عرفت من عدم حقّ له في الفسخ ولو بالإقالة، فلا يتصوّر أخذه من البائع بمعنى انتقاله منه إليه؛ ضرورة كونه ملكاً للمشتري، بل قيل: «تبطل شفعته حينئذٍ؛ لمنافاته الفوريّة»[٣]، وإن عرفت أنّه لا يخلو من نظر.

بل قد يقال: بحصول ملك الشقص له بقصده تملّكه وإن غلط بقصد كونه من البائع؛ إذ لا دليل على اعتبار قصد الانتقال من المشتري أو عدم قصد كونه من البائع، وإنّما الثابت من الأدلّة انتقاله من المشتري إليه، لا أنّ المعتبر في الشفعة قصد ذلك، فيكفي قصد تملّك الشقص بالثمن؛ لصدق الأخذ بالشفعة حينئذٍ.

---

(١) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٤، والمهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٥، وتحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٧، والدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٣ ج ٣ ص ٣٧٢.

(٢) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢٤.

(٣) المصدر السابق.

ولعلّ ذلك غير منافٍ لما في المتن وغيره[١]: من عدم صحّة ذلك لو نواه؛ ضرورة إرادة عدم ترتّب أثر لذلك عليه، لا أنّ أخذه بالشفعة حينئذٍ باطل.

ومن ذلك يعلم: أنّ المعتبر في الشفعة قصد تملّك الشقص بالثمن من دون ملاحظة كونه من المشتري أو البائع، وإن كان هو شرعاً ينتقل إليه من المشتري، فتأمّل جيّداً، فإنّه ربّما دقّ، والله العالم.

﴿ولو انهدم المبيع أو عاب: فإن كان بغير فعل المشتري﴾ بل بآفة سماويّة قبل المطالبة أو بعدها ﴿أو بفعله قبل مطالبة الشفيع﴾ بالشفعة ﴿فهو بالخيار بين الأخذ بكلّ الثمن أو الترك﴾ وفاقاً للمشهور[٢]، بل عن الغنية: الإجماع عليه[٣]، وهو الحجّة.

↑ ج ٣٧ / ٣٥٧

مضافاً: إلى مرسل ابن محبوب السابق[٤]، وقوله عليه السلام في حسن الغنوي: «فهو أحقّ بها من غيره بالثمن»[٥]، وأصالة عدم الضمان حتّى لو كان بفعله؛ ضرورة أنّه تصرّف في ملكه تصرّفاً سائغاً فلا يكون مضموناً عليه، والفائت لا يقابل بشيء من الثمن فلا يستحقّ الشفيع في

---

(١) كتحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٧، وكفاية الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٤٧.

(٢) كما في مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢٥، وكفاية الأحكام: (انظره في الهامش السابق)، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٣٢ ج ٣ ص ٨١.

(٣) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٨.

(٤) في ص ٥٠٧.

(٥) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

مقابلته شيئاً، كما لو تعيّب في يد البائع فإنّ المشتري يتخيّر بين الفسخ والإمضاء.

لكن في جامع المقاصد ـ بعد أن جعل الصور أربعة، والأُولى منها ما كان ذلك بفعل المشتري قبل المطالبة، واقتصر في الاستدلال لها بالأخير ـ قال: «وفيه نظر؛ لأنّ المشتري وإن تصرّف في ملكه إلّا أنّ حقّ الشفيع قد تعلّق به، فيكون ما فات منه محسوباً كما يحسب عليه عين المبيع».

«ولا استبعاد في تضمين المالك ما يجني على ملكه إذا تعلّق به حقّ الغير، كالرهن إذا جنى عليه الراهن، وقد سبق في كتاب البيع وجوب الأرش على البائع إذا تعيّب المبيع في يده، فينبغي أن يكون هنا كذلك، وقد نبّه كلام المصنّف في التذكرة على ذلك».

ثمّ قال: «الثانية والثالثة: أن يكون ذلك بغير فعل المشتري مطلقاً أي سواء طالب الشفيع بالشفعة أم لا، فإنّه لا شيء على المشتري بل يتخيّر الشفيع بين الأخذ بمجموع الثمن والترك، وتقريبه مع ما سبق: أنّ ذلك ليس بفعل المشتري، وملكه غير مضمون عليه، وجوابه جوابه مع النقض بما إذا تلف بعض المبيع».

«والذي يقتضيه النظر: ثبوت الأرش في الصورتين أيضاً، وكلام المصنّف في التذكرة مطابق لذلك، فإنّه فرض المسألة فيما إذا تعيّب الشقص من غير تلف شيء من العين من غير تقييد بكون ذلك بفعل

↑ ج ٣٧ / ٣٥٨

المشتري ، وكونه بعد المطالبة وعدمه ، ثمّ حكى قول بعض الأصحاب بوجوب الأرش بمثل هذا التعيّب في المبيع لو كان في يد البائع ، ثمّ قال : فينبغي أن يكون هنا كذلك ، وهو متّجه»[١].

قلت : لا يخفى عليك ما في ذلك من منافاته لما سمعت من المرسل[٢] ـ المنجبر بما عرفت والإجماع المحكي ـ المؤيّد بالحسن المزبور[٣] وأصالة عدم الضمان ، التي منها يعلم الفرق بين المقام وبين المبيع في يد البائع المعلوم ضمانه عليه بدليله .

بل يمكن دعوى إجماع الأصحاب على خلافه في الجملة ؛ فإنّي لم أجد من وافقه على تمام ما ذكره حتّى الفاضل في التذكرة ، قال فيها : «إذا اشترى شقصاً من دار فانهدمت إمّا بفعل المشتري أو بغير فعله ، فلها أحوال ، الأوّل : أن تتعيّب من غير تلف شيء ولا انفصال بعضها عن بعض ، بأن يتشقّق جدارها أو تميل اسطوانتها أو ينكسر جذعها أو يضطرب سقفها ، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بكلّ الثمن وبين الترك ، ويكون تعيّبه في يد المشتري كتعيّب المبيع في يد البائع ، فإنّه يخيّر بين الفسخ وبين الأخذ بجميع الثمن عند بعض علمائنا ، وبه قال الشافعي ، وعند بعضهم لا يسقط الأرش ، فينبغي أن يكون هنا كذلك»[٤].

---

(١) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤١٨.

(٢) تقدّم في ص ٥٠٧ .

(٣) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٦٤ ـ ٢٦٥.

وهي ـ كما ترى ـ لا صراحة فيها بل ولا ظهور، بل ظاهرها موافقة المشهور، وقوله: «فينبغي» من تتمّة القول الذي حكاه.

نعم، في الخلاف كما في المختلف: «إن كان ذلك بأمر سماوي فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك، وإن كان بفعل آدمي كان له أن يأخذ العرصة بحصّتها من الثمن»[1] بناءً على شمول «الآدمي» للمشتري فيه، فيكون بإطلاقه موافقاً له في بعض الصور.

ج ٣٧ / ٣٥٩

وهو ـ مع أنّه لم يفرّق فيه بين المطالبة وغيرها ـ يمكن أن يكون مراده: عدم دخول الأنقاض بالشفعة لصيرورتها منقولة حينئذٍ بالانهدام، فيأخذ العرصة حينئذٍ خاصّة بما يخصّها من الثمن كما هو المحكي عن أحد قولي الشافعي[2]، وهذه مسألة اُخرى غير ما نحن فيه.

كلّ ذلك مع أنّ قوله: «حقّ الشفيع متعلّق به» إن أراد حقّ المطالبة فمسلّم، ولكن بمجرّده لا يوجب الضمان على المشتري، فلابدّ من دليل يقطع الأصل، والقياس على الرهن ليس من مذهبنا، وضمان المبيع في يد البائع ـ مع أنّه خارج عمّا نحن فيه؛ لأنّه ملك المشتري دون البائع ـ مستند لدليله من قوله صلى الله عليه وآله: «كلّ مبيع ...»[3] وغيره

(١) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٥. وانظر الخلاف: الشفعة / مسألة ١٣ ج ٣ ص ٤٣٧ ـ ٤٣٨.

(٢) العزيز: ج ٥ ص ٥١١ ـ ٥١٢، روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٦٥، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٥٠٣ ـ ٥٠٤، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٥٠٣.

(٣) عوالي اللآلي: باب التجارة ح ٥٩ ج ٣ ص ٢١٢، مستدرك الوسائل: باب ٩ من أبواب الخيار ح ١ ج ١٣ ص ٣٠٣.

كما تقدّم في محلّه.

وإن أراد به الملكيّة فممنوع؛ إذ لا ملك قبل الأخذ. بل لو قلنا به فلا ضمان أيضاً إذا كان بآفة سماويّة للأصل، خصوصاً إذا لم يقبضه المشتري؛ إذ لا موجب لضمانه ولو قلنا بكونه ملكاً للشفيع، خصوصاً بعد ما ذكرناه من أنّ الأخذ بالشفعة ليس من المعاوضات.

واستبعاد جواز ذلك للمشتري ـ لتمكّنه حينئذٍ من عدم رغبة الشفيع فيه بإهدامه وتعيّبه ـ لا يرجع إلى محصّل على وجهٍ يكون دليلاً شرعيّاً موافقاً لأُصول الإماميّة وقواعدهم، والله العالم.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿الأنقاض للشفيع باقية كانت في المبيع أو منقولة عنه﴾ بلا خلاف أجده فيه بيننا[١]، بل في المسالك ما يشعر بالإجماع عليه[٢]، نعم قد سمعت ما احتملناه في عبارة الخلاف.

ج ٣٧ / ٣٦٠

ويحكى عن الشافعي في أحد قوليه: أخذ العرصة خاصّة بتمام الثمن في وجه[٣]، أو بما يخصّها في آخر[٤].

ولا ريب في أنّ الأصحّ ما ذكره المشهور؛ لتعلّق الحقّ بها غير منقولة، و﴿لأنّ لها نصيباً من الثمن﴾ الذي يأخذ به الشفيع، فلا

---

(١) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٦، وتحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٩، والدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٣ ج ٣ ص ٣٧٢، وكفاية الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٤٧.

(٢) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢٥.

(٣ و٤) روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٦٥.

يلزم بدفع الثمن لما عداها لما فيه من الضرر، ودفع ما يخصّ العرصة خاصّة منافٍ لقوله عليه‌السلام: «فهو أحقّ بها بالثمن»[١]، فتأمّل جيّداً.

﴿وإن كان العيب بفعل المشتري بعد المطالبة﴾ بالشفعة ﴿ضمنها المشتري﴾ على المشهور المحكي في كلام جماعة[٢]، بل عن الغنية: الإجماع عليه مع العلم بالمطالبة[٣].

بل لا ينبغي الإشكال فيه بناءً على إرادة الأخذ من المطالبة؛ ضرورة صيرورته حينئذٍ ملكاً للشفيع، فيضمنه المشتري كغيره بتعيّبه.

أمّا لو أُريد من المطالبة إرادة الأخذ بالشفعة كما هو مقتضى قوله: ﴿وقيل: لا يضمنها؛ لأنّه لا يملك بنفس المطالبة بل بالأخذ﴾ فهو مشكل إن لم يكن إجماعاً ـ وإن قال المصنّف وغيره[٤]: ﴿والأوّل أشبه﴾ ـ ضرورة عدم موجب للضمان.

وما في الإيضاح[٥] وجامع المقاصد[٦] من توجيهه بـ«أنّ الشفيع استحقّ بالمطالبة أخذ المبيع كاملاً أو تعلّق حقّه به، فإذا نقص بفعل المشتري ضمنه له».

---

(١) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٢) كالكركي في جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤١٩، والطباطبائي في الرياض: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٩٢.

(٣) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٨.

(٤) كالعلّامة في القواعد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٤.

(٥) إيضاح الفوائد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢١٢ ـ ٢١٣.

(٦) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤١٩.

كما ترى، بل مقتضاه الضمان في غير هذه الصورة حينئذٍ التي اعترفوا فيها بعدمه؛ لأنّ استحقاق الشفيع لم يثبت بالمطالبة بل بالبيع، وإذا كان مضموناً عليه للشفيع فلا فرق بين أن يكون ذلك بفعل المشتري أو غيره.

↑ ج ٣٧ / ٣٦١

وكيف كان، فقد حكي[1] الخلاف في ذلك عن الشيخ وأنّه إليه أشار المصنّف بالقيل، وقد سمعت عبارته في الخلاف الخالية عن ذكر المطالبة وعدمها.

وأمّا المبسوط فقال ما نصّه: «إذا اشترى شقصاً فوجب للشفيع فيه الشفعة، فأصابه نقص أو هدم قبل أن يأخذ الشفيع بالشفعة، فهو بالخيار: بين أن يأخذه ناقصاً بكلّ الثمن أو يدع، سواء في ذلك كان هدمها المشتري أو غيره أو انهدم من غير فعل أحد. وكذلك إن احترق بعضهما[2] أو كانت أرضاً فغرق بعضها، فللشفيع أن يأخذ ما يبقى بجميع الثمن أو يدع؛ لأنّه إن هلك بأمر سماوي فما فرّط فيه».

«وإن هدمه هو فإنّما هدم ملك نفسه، وإذا أخذه بالشفعة أخذ ما اتّصل به وما انفصل عنه من آلاته؛ لأنّه جميع المبيع، وقيل: إنّه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بما يخصّه من الثمن أو يدع».

«والذي يقوى في نفسي: أنّها إذا انهدمت وكانت آلاتها باقية فإنّه

---

(١) وقعت الحكاية في مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢٦.

(٢) في المصدر: بعضها.

يأخذها وآلاتها بجميع الثمن أو يتركها، وإن كان قد استعمل آلاتها المشتري أخذ العرصة بالقيمة، وإن احترقت أخذ العرصة بجميع الثمن أو يترك»[١].

ونحوه عن جامع الشرائع[٢].

ولعلّ نسبة الخلاف إليه باعتبار عدم ذكره المطالبة، بل جعل العنوانَ «عدم أخذ الشفيع بالشفعة طالب أو لم يطالب» فبناءً على إرادة غير الأخذ من المطالبة في كلامهم يكون مخالفاً وإلّا فلا، حتّى لو قيل بالملك بها دونه؛ ضرورة كونه خلافاً فيما يحصل به الملك، وإلّا فالمفروض في كلامه قبل حصول الملك للشفيع.

نعم، ظاهره التفصيل في خصوص تلف البعض بين أن يكون بفعله وبين أن يكون بالآفة، فالأوّل يأخذه بما يخصّه من الثمن؛ لأنّ ذلك هو المراد من القيمة ولو بقرينة ما بعده، والثاني يأخذه بالثمن، ومرجعه إلى ما سمعته من ظاهر الخلاف.

↑ ج ٣٧ / ٣٦٢

وأمّا عبارته في النهاية فهي: «والغائب إذا قدم وطالب بالشفعة كان له ذلك، ووجب عليه أن يردّ مثل ما وزن من الثمن من غير زيادة ولا نقصان، فإن كان المبيع قد هلك بآفة من جهة الله أو من جهة غير جهة المشتري، أو هلك بعضه بشيء من ذلك، لم يكن له أن ينقص من

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٦.

(٢) الجامع للشرائع: باب الشفعة ص ٢٧٩.

الثمن بمقدار ما هلك من المبيع، ولزمه توفية الثمن على الكمال، فإن امتنع من ذلك بطلت شفعته»[١].

وهي ـ كما ترى ـ أجنبيّة عن ذلك.

وعلى كلّ حال، فظاهره في الكتب الثلاثة: عدم الفرق بين فوات الجزء والوصف إذا كان بالآفة، وهو لا يخلو من قوّة، بل لعلّ المرسل المزبور[٢] دالّ على ذلك، خصوصاً مع ملاحظة كون المفروض فيه أنّ السيل خارق، وهو مستلزم لذهاب بعض الأنقاض، خصوصاً إذا كانت من اللبن ونحوه ممّا يذهب بالسيل.

بل قد يقال: إنّ قوله عليه‌السلام فيه: «ليس له ...» إلى آخره مطلق لا يختصّ بخصوص مورد السؤال، فيشمل حينئذٍ صورة إتلاف المشتري أيضاً بإحراق ونحوه.

بل لعلّ قوله عليه‌السلام : «فهو أحقّ بها من غيره بالثمن»[٣] يقتضي ذلك أيضاً؛ ضرورة كون المراد منه: بيان أحقّيّة الشفيع من غيره بجميع الثمن تلف بعضه أو لا، وليس المراد منه: بيان أحقّيّته في الكلّ بالكلّ وفي البعض بالبعض؛ وإلّا لجاز للشفيع التبعيض اختياراً، وهو معلوم العدم.

وكذا لا دليل على كون التلف في يد المشتري ـ بفعله أو بآفة ـ

---

(١) النهاية: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٢٣٣.

(٢) في ص ٥٠٧.

(٣) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

من ضمانه كما ورد مثله في المبيع، على أنّه لا ضرر ولا ظلم على الشفيع بعد عدم إلزامه بذلك، بل إن شاء أخذ وإن شاء ترك، ولا أقلّ من أن يكون ذلك هو المتيقّن من مشروعيّة الشفعة التي عرفت مخالفتها للأصل.

ج ٣٧ / ٣٦٣

على أنّه لو كان ذلك من ضمانه لاتّجه كون الهدم ونحوه أيضاً من ضمانه، ودعوى عدم مقابلة ذلك بالثمن واضحة الفساد، خصوصاً بعد ملاحظة المقابلة لو تعيّب المبيع في يد البائع، بل وفي يد المشتري في زمن خياره المضمون أيضاً على البائع، وفيما لو اشتراه فوجده معيباً، وإن ذهب بعض الأصحاب في الأوّل إلى التخيير بين الأخذ بتمام الثمن والترك، ولكنّه قول مرغوب عنه.

وبذلك يظهر لك النظر فيما وقع من الفاضل[١] والشهيدين[٢] والكركي[٣] وغيرهم[٤]: من ضمان المشتري لو كان التالف بعض أجزاء المبيع التي تقابل بالثمن، سواء كان بآفة سماويّة أو بفعله قبل المطالبة أو بعدها.

بل ظاهر بعضهم المفروغيّة من ذلك؛ ولذا فرض محلّ الكلام ـ في

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٤.

(٢) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٣ ج ٣ ص ٣٧٢. مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢٦.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٢٠.

(٤) كالكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٩٣٢ ج ٣ ص ٨١.

الصور الثلاثة السابقة ـ فيما إذا انهدم أو تعيّب مع عدم تلف شيء من أجزاء المبيع التي تقابل بالثمن، وجعل الخلاف في خصوص ما إذا كان بفعل المشتري بعد المطالبة، مع أنّ جملة من عبارات الأصحاب ـ كعبارة المصنّف هنا وفي النافع[1] ـ مطلقة لا أثر فيها لاستثناء خصوص ما لو تلف بعض الأجزاء الذي هو غالب للانهدام المفروض في عباراتهم.

ولقد أجاد في الرياض حيث إنّه ـ بعد ذكر الكلام في الصور الثلاثة ـ قال: «ثمّ إنّ الحكم بعدم الضمان على المشتري حيث توجّه إنّما هو إذا لم يتلف من الشقص شيء يقابل بشيء من الثمن، وإلّا قيل: ضمن بحصّته من الثمن على الأشهر، قيل: لأنّ إيجاب دفع الثمن في مقابلة بعض المبيع ظلم، وفيه نظر؛ ولذا أطلق الحكم في العبارة هنا وفي المبسوط وغيرهما، ومع ذلك يدفعه إطلاق ما مرّ من الخبر، فتأمّل»[2].

↑ ج ٣٧ / ٣٦٤

وكأنّه أشار إلى ما ذكرناه من إطلاق المرسل المزبور الذي لا إشكال في شموله لتلف بعض الأجزاء بالسيل إن لم يكن ظاهراً فيه، ويكفي ذلك في الدلالة على المطلوب بعد الإتمام بعدم القول بالفصل. فيتّجه حينئذٍ: عدم ضمان المشتري مطلقاً من غير فرق بين تلف

---

(١) المختصر النافع: كتاب الشفعة ص ٢٥٠.

(٢) رياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٩٣.

بعض المبيع وغيره، وبين كون ذلك بآفة أو بفعل المشتري، قبل المطالبة ـ بمعنى إرادة الأخذ بالشفعة على وجهٍ لا ينافي الفوريّة ولو لوجود عذر ـ وبعدها.

اللّهمّ إلّا أن يكون إجماعاً، كما عساه يتخيّل في خصوص إتلاف المشتري بعض أجزاء المبيع دون غيره؛ لعدم قائل بعدم الضمان فيه. ولكن قد عرفت إطلاق المصنّف وغيره ممّن لم يتعرّض فيه لذكر تلف بعض الأجزاء.

وأمّا إجماع الغنية[1] أيضاً في التعيّب بفعله بعد المطالبة فلم نتحقّقه؛ لأنّا لم نتحقّق المراد بها هنا في كلامهم هل هي الأخذ بالشفعة، أو إرادة ذلك على وجهٍ لا ينافي الفوريّة:

فإن كان الأوّل فلا ينبغي الخلاف في الضمان إذا كان بفعل المشتري من غير فرق بين التعيّب والإتلاف، فالإجماع حينئذٍ في محلّه.

وإن كان الثاني فلا يخفى عليك ما فيه من الإشكال، بل المتّجه فيه عدم الضمان؛ ضرورة عدم أثر لها إلّا تأكّد الاستحقاق الثابت بالعقد قبلها، فإن كان هو الموجب للضمان ثبت بدونها، وإلّا فلا ضمان معها أيضاً كما هو واضح، فهو حينئذٍ مظنّة الإجماع لا الضمان.

ومن التأمّل فيما ذكرنا يظهر لك التشويش في المقام في جملة من

---

(١) تقدّمت الإشارة إليه في أوّل الفرع.

عبارات الأساطين كالفاضل والشهيدين وغيرهم[١]، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٣٦٥

﴿ولو غرس المشتري أو بنى﴾ على وجهٍ لا يكون ظالماً في ذلك بأن قسّمه مع الشفيع غير مخبر له بالشراء بل بإظهار الوكالة عن البائع فيها أو بغير ذلك ﴿فطالب الشفيع بحقّه﴾ بمعنى أنّه أخذ بالشفعة ﴿فإن رضي المشتري بقلع غراسه أو بنائه فله ذلك﴾ بلا خلاف أجده فيه[٢]، من غير حاجة إلى استئذان الشفيع وإن صارت الأرض ملكاً له؛ إذ هو ملكه، وله إزالته عن المكان المزبور، بل هو كتفريغ المبيع للمشتري.

﴿و﴾ من هنا ﴿لا يجب﴾ عليه ﴿إصلاح الأرض﴾ بطمّ الحفر مثلاً، كما صرّح به الفاضل في القواعد[٣] وغيرها[٤] ومحكيّ المبسوط[٥]؛ لأنّه لا يضمن العيب الذي فعله قبل الطلب بالتصرّف في ملكه، وبعده لتخليص الشقص للشفيع الذي قدم بأخذه بالشفعة على ذلك.

خلافاً للمحكي عن أبي علي: من إيجاب الطمّ[٦]، واحتمله

---

(١) تقدّمت المصادر خلال البحث.

(٢) كما في مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٦٢٩.

(٣) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٤.

(٤) كتحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٨.

(٥) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٨.

(٦) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٧.

الفاضل[١] وغيره[٢]، بل عن الأردبيلي الميل إليه، بل إلى وجوب الأرش لو حصل في الأرض نقص من القلع، حتّى لو كان الطالب للقلع الشفيع[٣]، نعم لا يبعد عدم ذلك مع جهله بالشفعة.

وفي المختلف: «المختار أن نقول: إن اختار المشتري القلع كان له ذلك، وعليه أرش ما نقص من الأرض بذلك وطمّ الحفر؛ لأنّه يطلب تخليص ملكه من ملك غيره. قوله: إنّه تصرّف في ملكه، قلنا: إنّه ممنوع، بل تصرّف بالقلع في ملك الشفيع فكان عليه أرشه، نعم تصرّفه بالغرس صادف ملكه، فلم يكن عليه غرم من أُجرة وغيرها».

«ولو اختار الشفيع القلع فالأقرب عدم وجوب الأرش؛ لأنّ التفريط حصل من المشتري حيث غرس في أرض متزلزلة الملك، ولأنّه غرس في حقّ غيره بغير إذنه، فأشبه ما لو بانت الأرض مستحقّة، وقوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[٤] مشترك بين الشفيع والمشتري، فلا يختصّ به أحدهما»[٥].

ج ٣٧ / ٣٦٦

وقوّاه في جامع المقاصد[٦] والمسالك[٧] بعد أن حكيا عنه التفصيل

---

(١) قواعد الأحكام: (تقدّم المصدر آنفاً).

(٢) كالكركي في جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٢١.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الأحكام ج ٩ ص ٣٤ و٣٥.

(٤) تقدّم في ص ١٧.

(٥) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٦ ـ ٣٥٧.

(٦) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٢١ ـ ٤٢٢.

(٧) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢٨.

في وجوب الطمّ عليه بين كون القلع منه ابتداءً فيجب؛ لأنّ النقص قد حدث في ملك غيره بفعله لمصلحة من غير إذن من الغير فيجب إصلاحه، وبين كونه لطلب الشفيع فلا يجب؛ لأنّ طلبه القلع يتضمّن الإذن في الحفر، وليس هو كالغاصب؛ لأنّه غير عادٍ بفعله.

بل حكاه أوّلهما[1] أيضاً عن صريح التذكرة وإن كنّا لم نتحقّقه، كما أنّه لا صراحة في كلامه بالتفصيل الذي حكياه، بل ولا ظهور، بل ربّما استظهر منه إلزامه بذلك. اللّهمّ إلّا أن يكون قد لاحظا المفهوم في كلامه.

وعلى كلّ حال، فالأقوى الأوّل وفاقاً لمن عرفت، بل في المسالك: نسبته إلى صريح الشيخ والأكثر[2]؛ للأصل السالم عن معارضة دليل معتدّ به يقتضي ذلك، وقاعدة الضرر يدفعها: إدخاله نفسه فيه بشفعته بالأرض التي هي كذلك، فهو حينئذٍ كمن أدخل مال غيره في داره مثلاً فاحتاج المالك في إخراجها[3] إلى خراب في الدار، فإنّه لا يضمن[4] له؛ لكون الإتلاف المزبور مستحقّاً له عليه، نحو ما لو غصب شجر الغير فغرسه في ملكه فقلعه المالك ونقصت الأرض، فلا ضمان حينئذٍ بالإتلاف المزبور الذي كان السبب فيه أقوى من المباشر،

---

(١) المصدر قبل السابق.

(٢) الهامش قبل السابق.

(٣) الأولى التعبير بـ «إخراجه».

(٤) في بعض النسخ: لا يضمنه.

ولا أقلّ من الشكّ في حصول سبب الضمان معه، والأصل البراءة.

وأمّا نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فغير مضمون عليه؛ لما عرفته سابقاً في مسألة التعيّب والانهدام.

↑ ج ٣٧ / ٣٦٧

لكن في المسالك هنا: «أنّ فيه قولين أشهرهما ذلك؛ لأنّ هذا الناقص ليس له قسط من الثمن، فلا يضمنه المشتري كالنقص بالاستهدام، ولأنّه تصرّف في ملك نفسه فلا يتعقّبه ضمان، وقيل: يجب الأرش، خصوصاً إذا كان بعد المطالبة»[١].

ولم نتحقّق القول المزبور حتّى من الكركي الذي قد سمعت كلامه في المسألة السابقة، فإنّه وافق هنا، لكن قال: «نعم، لو كان ذلك بعد المطالبة اتّجه القول بضمانه، على ما سبق في مسألة الاستهدام والتعيّب»[٢]. وإن كان لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما سمعته منه هناك.

كما أنّه لا يخفى عليك ما في إطلاق الفاضل هنا والتفصيل هناك، بل ﴿و﴾ إطلاق المصنّف هنا أيضاً أنّ ﴿للشفيع أن يأخذ بكلّ الثمن أو يدع﴾ مع تفصيله السابق.

بل في المسالك: «إنّ ظاهر إطلاق العبارة يقتضي عدم ضمان النقص الحاصل بالقلع أيضاً؛ لحكمه بأنّه يأخذ بكلّ الثمن الشامل لحالة

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢٨.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٢٢.

النقص بالغرس والقلع وعدمه»[١].

وفيه: أنّ الأرش الحاصل بالقلع لا مدخليّة له في الأخذ بكلّ الثمن، بل هو غرامة حاصلة له بعد الشفعة بفعله في ملك غيره الذي قد أُخذ منه بكلّ الثمن، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿إن امتنع المشتري من الإزالة كان الشفيع مخيّراً: بين إزالته ودفع الأرش، وبين بذل قيمة الغراس والبناء ويكون له مع رضا المشتري، وبين النزول عن الشفعة﴾ كما صرّح به غير واحد[٢].

نعم، في قواعد الفاضل: «تخيّر الشفيع: بين قلعه مع دفع الأرش على إشكال، وبين بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري، ومع عدمه نظر، وبين النزول عن الشفعة»[٣].

↑ ج ٣٧ / ٣٦٨

بل في إيضاح ولده: «إنّ الإشكال الأوّل في موضعين:».

«الأوّل: في القلع، وينشأ من أنّ حقّ الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب، ومن أنّ المشتري تامّ الملك قبل أخذ الشقص، ولهذا ملك النماء، ومن بنى في ملكه لم يتعدّ كالذي لا شفعة عليه،

(١) المصدر قبل السابق.

(٢) كالشيخ في المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٨، والكركي في جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٢٣ ـ ٤٢٤، والشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢٩.

(٣) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٤.

وجواز انتزاعه من يده ليس موجباً لتعدّيه ونقض بنائه، وإلّا لثبت في الموهوب إذا غرس أو بنى ورجع الواهب على القول بالجواز، ولأنّ الشفعة موضوعة لإزالة الضرر فلا يزال بالضرر».

«الثاني: في وجوب الأرش مع القلع، وينشأ من أنّه نقص دخل على ملك المشتري لمصلحة الشفيع، وإلى هذا ذهب الشيخ في المبسوط، ومن أنّ التفريط حصل من المشتري حيث زرع في أرض متزلزلة الملك، واختاره المصنّف في المختلف»[١].

وفيه: أنّ الإشكال الأوّل واضح الفساد؛ ضرورة عدم تصوّر وجوب إبقاء ملك الشفيع مشغولاً بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقّه من الأرض، إلّا أن يتخيّل وجوب قبول الأُجرة على الشفيع أو بذل القيمة وإن لم يرض، ولكنّهما معاً كما ترى.

ولذا جزم الكركي بأنّه وهم وأنّ بطلانه أظهر من أن يحتاج إلى بيان[٢]. وهو كذلك؛ إذ وجوب الإبقاء بالأُجرة ممّا لا يحتمله أحد في المقام، ولعلّه لما ستعرفه من كون صاحب الأرض كالمغصوب بعد امتناع المشتري من الإزالة، فلا يجبر مع كونه مظلوماً ومغصوباً؛ لأنّه لم يرض بالإبقاء الذي هو غير الابتداء على القبول بالأُجرة، كما هو واضح.

---

(١) إيضاح الفوائد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢١٤ ـ ٢١٥.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٢٣.

نعم، ما ذكره من الإشكال الثاني في محلّه، وإن كان وجوب الأرش هو الذي صرّح به الشيخ[١] وابنا زهرة[٢] وإدريس[٣] والفاضل في جملة من كتبه[٤] والشهيدان[٥] والكركي[٦] على ما حكي عن بعضهم.

↑ ج ٣٧ ٣٦٩

لكنّ الإنصاف قوّة ما في المختلف من عدم وجوب الأرش[٧]، بل مال إليه في محكيّ التذكرة[٨]؛ لوجوب الإزالة عليه بعد طلبها من الشفيع، والضرر هو الذي أدخله على نفسه بفعله في الأرض المستحقّة الانتزاع منه، بل الظاهر كونه ظالماً بإبقائه البناء والغرس في أرض الغير وامتناعه من القلع، وكون الابتداء بحقّ لا يقتضي كون الاستدامة كذلك؛ إذ لم يحصل من المالك ما يقتضي الإذن فيها، كما في العارية التي تقدّم الكلام فيها في محلّه[٩]، وحينئذٍ فيندرج في قوله عليه السلام: «لا حقّ لعرق ظالم»[١٠]، ولذا كان له جبره على القلع؛ ضرورة كونه المتصرّف في مال

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٨، الخلاف: الشفعة / مسألة ١٤ ج ٣ ص ٤٣٩.
(٢) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٧.
(٣) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.
(٤) كتحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٨.
(٥) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٣ ج ٣ ص ٣٧٣، مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢٩.
(٦) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٢٣.
(٧) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٦.
(٨) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٧٠.
(٩) في ج ٢٨ ص ٣١٤...
(١٠) شرح النيل وشفاء العليل (من كتب الأباضية): ج ٣٥ ص ١٥٣.

الغير دون صاحب الأرض ، فتأمّل جيّداً فإنّه ربّما دقّ .

على أنّه لو كان المالك مستحقّاً لأرشه لاتّجه وجوبه له حتّى لو قلعه هو مع طلب الشفيع ؛ إذ مع فرض استحقاقه له لا تفاوت فيه بين الامتناع وعدمه ، بل لعلّه في الثاني أولى .

ثمّ إنّ الأرش الذي يجب دفعه على الشفيع :

إن كان هو تفاوت ما بين كونه مقلوعاً وباقياً ، ففيه : ما عرفت من أنّه غير مستحقّ للبقاء عليه ، فلا وجه لدفع عوض عمّا لا يستحقّه .

وإن كان المراد به النقص الذي قد يحصل عليه بنفس القلع لا من حيث بقاؤه ، ففيه : أنّه بعد أن كان مستحقّاً عليه ـ على وجهٍ لو باشره لم يتبع به الشفيع ـ لا معنى لإتباعه به بعد الامتناع ، خصوصاً إذا كان ذلك بمباشرة الحاكم ، فتأمّل جيّداً . على أنّ الأرش المزبور قد لا يحصل ، كما إذا فرض عدم تفاوتها حال قلعها وحال قيامها ؛ لأنّها قلعت على وجهٍ لم يحصل فيها عيب ، وظاهرهم لزوم الأرش للقلع . ↑ ج ٣٧ / ٣٧٠

وإن أُريد به تفاوت ما بين كونها مقلوعة فعلاً ومستحقّة القلع واقفة ، ففيه : أنّ ذلك متصوّر في قلع غير المستحقّ ؛ لاحتمال عفو المستحقّ مثلاً ، فتزيد قيمتها بذلك حينئذٍ ، أمّا مع قلع المستحقّ ـ الذي تفوت معه جميع احتمالات البقاء الحاصلة من احتمال رضاه ـ فلا وجه لفرض التفاوت فيه .

نعم، لو فرض أنّ للمالك الإبقاء بأُجرة قهراً على الشفيع اتّجه حينئذٍ الأرش المزبور، والمفروض عدم ذكر أحد له وجهاً فضلاً عن القول به، فتأمّل جيّداً.

وأمّا النظر الذي ذكره الفاضل في الثاني مع عدم رضا المشتري بالقيمة، فلا ريب في أنّ الأقوى توقّف ذلك على الرضا، وليس له أخذ البناء والغرس بالقيمة قهراً على المالك.

ولكن في الإيضاح: «أنّ جمهور أصحابنا على ذلك»[١]، وفي جامع المقاصد: نسبته إلى الأكثر[٢]، وإن كنّا لم نتحقّق ذلك.

نعم، في المبسوط: «قلنا للشفيع: أنت بالخيار بين ثلاثة أشياء: بين أن تدع الشفعة، أو تأخذ وتعطيه قيمة الغرس والبناء، أو تجبره على القلع وعليك قيمة ما نقص»[٣]، وعن أبي علي: «كان الشفيع مخيّراً: بين أن يعطي قيمة ما أُخذ من[٤] المشتري، وبين أن يترك الشفعة»[٥]. ولم نجد غيرهما.

وعلى كلّ حال فلا ريب في ضعفه، بل هو منافٍ لأُصول المذهب وقواعده، بل يمكن إرادة الشيخ أنّ ذلك مع الرضا.

---

(١) إيضاح الفوائد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢١٥.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٢٤.

(٣) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٨.

(٤) في المصدر: «أحدثه» بدل «أُخذ من».

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٧.

وعلى كلّ حال، فحيث تبذل القيمة ـ باتّفاقهما، أو قهراً على المالك ـ فعلى المختار يقوّم غير مستحقّ للبقاء بأُجرة، بل مستحقّ القلع بلا أرش، وتدفع إلى المالك.

وعلى غيره ففي القواعد: «لم يقوّم مستحقّاً للبقاء في الأرض ولا مقلوعاً؛ لأنّه إنّما يملك قلعه مع الأرش، بل إمّا أن يقوّم الأرض وفيها الغرس ثمّ تقوّم خالية، فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع، أو ما نقص منه[1]، أو يقوّم الغرس مستحقّاً للترك بالأُجرة، أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه»[2].

ج ٣٧ / ٢٧١

ونحوه في الدروس، ولكن قال: «وهذا لا يتمّ إلّا على قول الشيخ بأنّ الشفيع لا يملك قلعه، وأنّه يجاب إلى القيمة لو طلب تملّكه، وهو مشكل»[3].

قلت: مضافاً إلى أنّه لا يقهر على الثاني منهما أيضاً، فكلّ منهما غير مستحقّ إلّا مع الرضا به، فلا وجه لملاحظته في التقويم، بل قد ينقدح من ذلك الإشكال في جعل الثاني من أحد وجوه التخيير؛ ضرورة عدم انحصار وجوه التراضي فيه.

بل قد يشكل الوجه الأوّل من وجهي التقويم أيضاً: بأنّه قد يكون

---

(١) في المصدر بعدها إضافة: «إن اختار القلع».

(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٤.

(٣) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٣ ج ٣ ص ٣٧٣.

لضميمة كلّ من الغرس والأرض إلى الآخر باعتبار الهيئة الاجتماعيّة دخل في زيادة القيمة، وذلك بتمامه لا يستحقّه المشتري، فكيف يكون ما عدا قيمة الأرض خالية من مجموع القيمتين حقّاً للمشتري ؟!

بل قد يشكل الثاني أيضاً: بأنّه لا يتمّ على القول بوجوب دفع الأرش مع القلع؛ لأنّه لا يملك طلب الأُجرة على الإبقاء، إذ القلع لا يسوغ إلّا مع ضمان الأرش، فما دام لا يبذله فالإبقاء واجب عليه، ولا أُجرة له عليه.

وفي المسالك: «أنّه لا يقوّم مستحقّاً للبقاء في الأرض مجّاناً ولا مقلوعاً مطلقاً؛ لأنّه إنّما ملك قلعه مع الأرش فيقوّم كذلك؛ بأن يقوّم قائماً غير مستحقّ للقلع إلّا بعد بذل الأرش أو باقياً في الأرض بأُجرة إن رضي المالك، فيدفع قيمته كذلك إلى المشتري، وإن اختار القلع فالأرش هو ما نقص من قيمته كذلك بعد قلعه»[1].

↑ ج ٣٧ / ٣٧٢

ولعلّه لا يخلو من شيء مع التأمّل فيما ذكرناه من أنّه لا استحقاق له في البقاء.

ولو دفع الأُجرة فلا أرش له من حيث البقاء، نعم قد يحصل فيه نقص بالقلع وقد لا يحصل، كما لو فرض قلعه على وجهٍ لا نقصان فيه عن حال قيامه، وحينئذٍ فلا أرش محقّق بالقلع على القول به، وأمّا على المختار فلا يحتاج إلى شيء من ذلك.

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٣٠.

وقد تقدّم تحقيق القول في الأرش في الغرس في الأرض المستعارة[١]، وفيما لو جاء السيل بنخلة شخص فغرسها في ملك الغير[٢]، فلاحظ ما تقدّم لنا في الكتب السابقة، والله العالم.

وعلى كلّ حال، فلو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقت أسبق تقصر قيمته عن قلعه في وقت آخر ـ ليخفّ الأرش عليه ـ فله ذلك؛ إذ لا يجب عليه الإبقاء إلى أن يجيء الزمان الذي تكثر فيه قيمته، كما هو واضح.

ولو غرس المشتري أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع على وجهٍ يكون الغرس والبناء بالإذن المعتبر ـ بأن كان الشفيع لا يعتقد الشفعة له، أو يتوهّم كثرة الثمن، ثمّ تبيّن له الخلاف، فأخذ الشفيع بالشفعة ـ فالحكم كما إذا غرس أو بنى بعد القسمة.

وأمّا الثالث وهو النزول عن الشفعة ـ الذي حكي عن المبسوط أنّه قال: «لا كلام فيه»[٣]، وفي جامع المقاصد: «لا بحث فيه»[٤]، وفي المسالك: «هو واضح»[٥] ـ فقد يشكل: بأنّه لا دليل على تسلّط الشفيع على فسخ شفعته بعد أن أخذ بها، كما هو المفروض في موضوع المسألة.

---

(١) في ج ٢٨ ص ٣٢٤.

(٢) في ص ٣١٦.

(٣) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٨.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٢٤.

(٥) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٢٩.

ج ٣٧ / ٣٧٣

نعم، لو كان هذا التخيير قبل الأخذ لكان جواز النزول ـ بمعنى ترك الأخذ بالشفعة ـ واضحاً، لا بعد الأخذ، خصوصاً لو رضي المشتري ببذل الغرس والبناء له مجّاناً وإن كان لا يجب عليه القبول لما فيه من المنّة، ولكنّ أقصى ذلك أنّه يجبره الحاكم على قلعه وعلى دفع الأُجرة مدّة الامتناع بل وعلى أُجرة القلع إن احتاج، والله العالم.

﴿وإذا زاد ما يدخل في الشفعة تبعاً؛ كالوديّ المبتاع مع الأرض فيصير نخلة، أو الغرس من الشجر يعظم﴾ وكزيادة أغصان الشجر ونحو ذلك ممّا هو نماء متّصل بالعين التي تعلّقت الشفعة بها ﴿فالزيادة للشفيع﴾ بلا خلاف أجده فيه كما عن المبسوط[1] ـ بل قيل: «مراده نفيه بين المسلمين»[2] ـ بل ولا إشكال؛ ضرورة تبعيّة ذلك للعين التي تعلّق بها حقّ الشفعة.

نعم، في المسالك: «الوَدِيّ ـ بكسر الدال المهملة بعد الواو المفتوحة والياء المشدّدة أخيراً بوزن (غنيّ) ـ فسيل النخل، وزاد بعضهم: قبل أن يغرس، ولكنّ المراد هنا المغروس ليكون تابعاً للأرض، أمّا غير المغروس فلا شبهة في عدم تبعيّته للأرض في الشفعة»[3].

قلت: هو كذلك إذا كان مطروحاً على وجه الأرض، أمّا إذا كان نابتاً

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٩.

(٢) مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٦٤٨.

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٣٠ ـ ٣٣١.

في أسفل النخلة مثلاً ـ ولكن لا يكون نخلة حتّى يقلع منها ثمّ يغرس ـ فدعوى عدم تبعيّته للأرض في الشفعة محلّ منع، خصوصاً مع فرض كون عنوان الشفعة «البستان» و«الحائط» كما في بعض نصوص الجمهور[1] الذي انجبر بعمل الأصحاب؛ ضرورة دخول ذلك ونحوه فيه. نعم، لو تجدّد فسيل بعد البيع لم يكن للشريك الشفعة فيه؛ لعدم دخوله في المبيع.

وأمّا ما يبس من أغصان الشجر أو سعف النخل بعد الابتياع وتعلّق حقّ الشفعة به، فلا يبعد بقاؤها فيه حتّى لو قطع منها؛ للأصل، ولأنّه كالأحجار المنقضّة من الدار، وكذا كلّ ما كان كذلك من الكرب ونحوه. وتوهّم كونه من النماء المنفصل فيختصّ به المشتري، يدفعه: فرض تعلّق حقّ الشفعة به حال الابتياع، ولا دليل على زواله.

↑ ج ٣٧ / ٣٧٤

نعم، لو كان كذلك حال الابتياع أمكن منع الشفعة فيه؛ لكونه منقولاً أو بحكمه حال الابتياع، فلا يتعلّق به حقّ الشفعة، بل يكون حينئذٍ من ضمّ المشفوع إلى غير المشفوع، والله العالم.

هذا كلّه في النماء المتّصل على الوجه المزبور.

﴿أمّا النماء المنفصل﴾ المتخلّل بين العقد والشفعة ﴿كسكنى الدار وثمرة﴾ غير النخل، بل و﴿النخل﴾ بعد التأبير ﴿فهو للمشتري﴾ بلا خلاف[2] بل ولا إشكال؛ ضرورة أنّه نماء ملكه وإن كان متزلزلاً،

---

(١) تقدّم بعضها في ص ٣٧٢ ـ ٣٧٣.

(٢) كما في مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٦٤٥.

على أنّه ليس من متعلّق البيع الذي ثبت فيه حقّ الشفعة ، فهي حينئذٍ للمشتري ﴿و﴾ إن بقيت على الشجرة؛ لأنّها بحكم المنفصل .

نعم ﴿لو حمل النخل﴾ بأن حصل فيه الطلع ﴿بعد الابتياع فأخذ[١] الشفيع قبل التأبير، قال الشيخ رحمه الله﴾ في محكيّ المبسوط[٢]: فيه قولان ، أولاهما أنّ ﴿الطلع للشفيع؛ لأنّه بحكم السعف﴾ كما يومئ إليه اندراجه في بيع البستان ، ولعلّه لذا يحكى عن الفاضل في التذكرة أنّه قوّى الدخول في الشفعة فيما إذا كان الطلع غير مؤبّر وقت الشراء ثمّ أخذه الشفيع قبل التأبير[٣].

﴿و﴾ لكنّ ﴿الأشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده ﴿اختصاص هذا الحكم بالبيع﴾ لدليله الذي قد عرفت الحال فيه في محلّه[٤]، فلا يلحق به الشفعة .

ج ٣٧ / ٣٧٥

وأبعد من ذلك : ما يحكى عنه أيضاً فيه[٥] وفي الخلاف[٦] من أنّه «إذا باع النخل منضمّاً إلى الأرض وهو مثمر وشرط الثمرة في البيع ، كان للشفيع أخذ ذلك أجمع؛ لعموم الأخبار» ، ونحوه ما سمعته من التذكرة في غير المؤبّر .

---

(١) في نسخة الشرائع: وأخذ.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٩.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٧٥.

(٤) في ج ٢٤ ص ٢٥٦...

(٥) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٩.

(٦) الخلاف: الشفعة / مسألة ١٥ ج ٣ ص ٤٤٠.

وفيه : أنّ الفرض تخصيص عمومها بغير المنقول الذي منه الثمرة وإن بقيت عليه إلى أوان بلوغها ، وحينئذٍ فهو من بيع المشفوع وغير المشفوع الذي قد عرفت أخذ الشفيع له بما يخصّه من القيمة . وكذا الحال في كلّ ما كان نحو الثمرة في الاستعداد للنقل .

وعلى كلّ حال ، فالمشتري يستحقّ بقاء الثمرة إلى وقت أخذها مجّاناً بلا خلاف أجده[١]، وهو إن تمّ إجماعاً كان الحجّة ، لا ما ذكروه[٢] من أنّ له أمداً ينتظر ، وستعرف الكلام في الزرع الذي هو نحو ذلك ، والله العالم والهادي .

﴿ولو باع شقصين من دارين﴾ مثلاً ﴿فإن كان الشفيع واحداً فأخذ منهما أو ترك جاز، وكذا إن أخذ من إحداهما[٣] وعفا عن شفعته من﴾ الدار ﴿الأُخرى﴾ .

﴿وليس كذلك لو عفا عن بعض شفعته من الدار الواحدة﴾ ضرورة وضوح الفرق بينهما ـ وإن كان الداران ملكاً لواحد والمشتري واحداً ـ : بأنّ الشركة في أحد الشقصين سبب غير الشركة في الآخر فلا تكون الشفعة فيهما واحدة ، بخلاف الدار فإنّ سبب الشركة فيها

---

(١) صرّح بالحكم في المبسوط: (المصدر قبل السابق)، وقواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٥، وجامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٢٨، ومفتاح الكرامة: (انظر الهامش اللاحق).

(٢) مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٦٤٧.

(٣) في نسخة الشرائع: أحدهما.

واحد، كما أشرنا إلى ذلك عند البحث في عدم جواز تبعّض الشفعة، فلاحظ، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٢٧٦

﴿ولو بان الثمن﴾ الذي دفعه المشتري ﴿مستحقّاً﴾ للغير ﴿فإن كان الشراء بالعين﴾ ولم يجز المالك ﴿فلا شفعة؛ لتحقّق البطلان﴾ بالبيع الذي هو سبب استحقاق الشفعة ﴿وإن كان﴾ الثمن ﴿في الذمّة ثبتت[1] الشفعة؛ لثبوت الابتياع﴾ وإن فسد الوفاء، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك[2] ولا إشكال، والله العالم.

﴿ولو دفع الشفيع الثمن﴾ للمشتري ﴿فبان مستحقّاً﴾ بعد أن كان الشفيع جاهلاً به ﴿لم تبطل شفعته على التقديرين﴾ أي كون ثمن المشتري معيّناً أو مطلقاً؛ ضرورة كون البيع صحيحاً وهو سبب الشفعة؛ إذ المستحقّ هو ما دفعه الشفيع لا المشتري.

أو أنّ المراد: تقديري أخذ الشفيع الشفعة بالثمن المستحقّ ـ بأن قال مثلاً: «تملّكت الشقص بهذه الدراهم» ـ أو المطلق الذي رضي المشتري به في ذمّته، فقال: «تملّكته بعشرة دراهم» ثمّ دفع المستحقّ وفاءً.

ولعلّه أولى؛ ليوافق ما في غيره من كتب الأصحاب، والأمر سهل بعد وضوح الحكم وهو عدم البطلان؛ لأنّ المفروض جهله، فلا ينافي

---

(١) في نسخة الشرائع: تثبت.

(٢) صرّح بالحكم في السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٥، وتحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٠، ومسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٣٢، ومجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الأحكام ج ٩ ص ٣٦.

ذلك الفوريّة على كلّ تقدير، وإنّما يجب عليه الفور بعد العلم.

نعم، في الدروس: «إنّها تبطل إذا علم الشفيع باستحقاق الثمن إذا جعلناها فوريّة»[١].

ولا بأس به بناءً على ما ذكرناه من كون الأخذ بالشفعة لا يكون إلّا بعد دفع الثمن، أو أنّه جزء المملّك.

لكن في المسالك: «ولو كان عالماً ففي بطلانها وجهان، مبنيّان: على أنّ الملك يحصل بقوله: (أخذت) أو به وبدفع الثمن، فعلى الأوّل لا يضرّ لحصول الملك، وعلى الثاني يحتمل: البطلان لمنافاته الفور، والصحّة لأنّ المعتبر فوريّة الصيغة والأصل عدم اعتبار غيرها»[٢].

ولا يخفى عليك ما في الأخير؛ ضرورة كون المراد فوريّة نفس الشفعة، لا الصيغة المفروض كونها جزءَ مملّك، ولذا جزم بالبطلان مع ذلك الكركي[٣].

ج ٣٧ / ٣٧٧

ثمّ قال: «وربّما فرّق مع العلم بين كون الثمن معيّناً ومطلقاً؛ لأنّه مع التعيين يلغو الأخذ فينافي الفوريّة، بخلاف المطلق، فإنّ الأخذ صحيح ثمّ ينفذ الواجب بعد ذلك»[٤].

قلت: لا ينبغي التأمّل في الصحّة مع الإطلاق إذا رضي المشتري

---

(١) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٦٧.

(٢) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٣٣.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٢٩.

(٤) المصدر قبل السابق.

بكونه في ذمّته ثمّ دفع المستحقّ للغير ، أمّا الإطلاق بمعنى أنّه قال في مجلس الشفعة : «أخذت بعشرة دراهم» مثلاً ثمّ دفعها في المجلس فالظاهر البطلان معه أيضاً؛ لفوات الفوريّة بالمعنى الذي ذكرناه .

ثمّ قال : «والوجهان آتيان في بطلان الأخذ ، ويفتقر إلى تمليك جديد أم يصحّ والثمن دين عليه ، والأظهر الثاني مع الإطلاق»[١] .

وفيه ما عرفت ، والله العالم .

﴿ولو ظهر في المبيع عيب﴾ حال البيع ﴿فأخذ المشتري أرشه﴾ لاختياره ذلك أو لانحصار الحقّ فيه لإحداثه في المبيع حدثاً يمنع الردّ ﴿أخذه الشفيع بما بعد الأرش﴾ الذي هو كالجزء منه ، فالثمن حينئذٍ هو الباقي بعد الأرش ، فيأخذ به الشفيع .

﴿وإن أمسكه المشتري معيباً ولم يطالب[٢] بالأرش، أخذه الشفيع بالثمن أو ترك﴾ لأنّ الثمن هو ما جرى عليه العقد ، كما ذكر ذلك غير واحد[٣] .

لكنّه لا يخلو من نظر تعرفه عند تحقيق المسألة فيما يأتي[٤] إن شاء الله تعالى ، والله العالم .

↑ ج ٣٧ / ٣٧٨

(١) انظر «المسالك» المتقدّم آنفاً.

(٢) في متن نسخة الشرائع: ولم يبطل.

(٣) كالشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٣٤.

(٤) في ص ٦١٤ ...

﴿مسائل ستّ﴾

﴿الأولى﴾

قد عرفت فيما سبق[١] أنّ من الأعذار التي لا تسقط معها الشفعة على القول بفوريّتها: ما ﴿لو قال﴾ المشتري مثلاً: ﴿اشتريت النصف بمائة، فترك﴾ الشفيع الأخذ بها ﴿ثمّ بان أنّه اشترى الربع بخمسين﴾ فإنّه إذا كان كذلك ﴿لم تبطل الشفعة﴾ وإن كان هو مقتضى التقسيط الموافق للإخبار المفروض كذبه؛ لأصالة بقائها بعد عدم دليل على بطلانها بغير الإهمال رغبةً عنها بعد معرفة الواقع.

﴿وكذا لو قال: اشتريت الربع بخمسين، فترك[٢] ثمّ بان أنّه اشترى النصف بمائة لم تبطل شفعته؛ لأنّه قد لا يكون معه الثمن الزائد، وقد لا يرغب في المبيع الناقص﴾ فلم يتحقّق الإهمال المزبور الذي هو عنوان سقوطها، فيبقى أصالة بقائها بحاله، كما تقدّم[٣] تحقيق ذلك كلّه وبيان الضابط فيه وأصل الحكم بذلك، فلاحظ وتأمّل.

نعم، لو علم أنّ عدم الأخذ بها لا من حيث كثرة الثمن أو قلّة المبيع، بل رغبةً عنها على كلّ حال، فالظاهر السقوط، ومن هنا يتّجه للمشتري اليمين على الشفيع لو ادّعاه بذلك.

كما يتّجه بقاؤها مع الشكّ في الحال لموت الشفيع مثلاً؛ ضرورة أنّه بناءً على ما ذكرنا متى قام احتمال العذر ـ لوجود الغرض المعتدّ به عند

↑ ج ٣٧ ٣٧٩

(١ و ٢) في ص ٥١٢. (٣) في نسخة المسالك: فتركه.

العقلاء، ويمكن استناد الترك إليه ـ كفى في استصحاب بقائها، ولعلّ عبارة المصنّف وغيره موافقة لذلك. وإن كان قد يحتمل القول: بأنّ الشفعة على خلاف الأصل، والمتيقّن ثبوتها مع كون الترك لعذر وإلّا سقطت. لكنّ الأوّل أقوى وأوفق بإطلاق الأدلّة، والله العالم.

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿إذا بلغه البيع فقال: أخذت بالشفعة؛ فإن كان عالماً بالثمن صحّ﴾ وترتّب الأثر عليه وإن قلنا بتوقّف الملك على دفع الثمن أو الرضا بالصبر به؛ إذ المراد بالصحّة ما يشمل التأهّل لترتّب الأثر كصحّة الأجزاء.

﴿وإن كان جاهلاً لم يصحّ و[1]﴾ إن علم بعد ذلك ودفع، فـ ﴿لو قال﴾ حينئذٍ: ﴿أخذت بالثمن بالغاً ما بلغ، لم يصحّ مع الجهالة؛ تفصّياً من الغرر﴾ كما لو قدم المشتري مثلاً على الشراء بالثمن المجهول ورضي به، فإنّ الدخول على تحمّل الغرر لا يرفع حكم[2] المترتّب عليه من بطلان المعاوضة مع وجوده، والفرض أنّ الشفعة بمعنى المعاوضة؛ لأنّه يأخذ بالثمن الذي بيع به، ومن هنا اشترط علمه به حين الأخذ حذراً من الغرر اللازم على تقدير الجهل؛ لأنّ الثمن يزيد

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: كذا.

(٢) في المسالك ـ الذي أُخذت منه العبارة ـ: حكمه.

وينقص، والأغراض تختلف فيه قلّة وكثرة.

هذا خلاصة ما في المسالك[١] والروضة[٢] وجامع المقاصد[٣]، بل والمصنّف وغيره[٤] ممّن علّل الحكم بالغرر.

بل لعلّه لذلك اشترط أيضاً العلم بالمثمن في جامع المقاصد[٥] والروضة[٦] ومحكيّ التذكرة[٧]، وإن كنّا لم نجده لغيرهم، نعم ذكر الشيخ[٨] وأبو الصلاح[٩] والفاضلان[١٠] والشهيدان[١١] والكركي[١٢] والكاشاني[١٣] على ما حكي عن بعضهم اشتراط العلم بالثمن.

↑ ج ٣٧ / ٣٨٠

بل قيل: «إنّه لم يذكر هذا ـ فضلاً عن الأوّل ـ في المقنع والمقنعة

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٣٥.

(٢) الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤١٣.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٣٩٩.

(٤) كالعلّامة في التذكرة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٥٣، والكركي في جامع المقاصد: (انظر الهامش السابق)، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٩٣١ ج ٣ ص ٨١.

(٥) انظر الهامش قبل السابق.

(٦) تقدّم المصدر آنفاً.

(٧) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٥٣.

(٨) المبسوط: الشفعة / الحيل التي تسقط بها ج ٣ ص ١٥٥ ـ ١٥٦.

(٩) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١.

(١٠) الماتن هنا، والعلّامة في التحرير: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٩١، والإرشاد: الشفعة / في الأحكام ج ١ ص ٣٨٦.

(١١) الشهيد الأوّل في اللمعة: كتاب الشفعة ص ١٧٠، والشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٣٥.

(١٢) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٣٩٩.

(١٣) مفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٣١ ج ٣ ص ٨١.

والنهاية والوسيلة والغنية والمهذّب والمراسم وفقه القرآن والسرائر والنافع والتبصرة»[١]، بل في مجمع البرهان: «لا دليل عليه من عقل ولا نقل إلّا أن يكون إجماعاً»[٢].

قلت: هو كذلك بعد عدم ثبوت عموم النهي عن الغرر أوّلاً، وعدم ثبوت كونها معاوضة ينافيها الغرر ثانياً.

نعم، قد يقال: إنّ الشفعة على خلاف الأصل، والمتيقّن من شرعيّة الأخذ بها ـ إن لم يكن المنساق من نصوصها ـ هو حال العلم بالثمن، مضافاً إلى ما عرفت من اعتبار دفعه في التملّك بها، ومع عدم العلم به لا طريق إلى دفعه، واحتمال الاجتزاء بدفع ما يعلم فيه الثمن لا يكفي في قطع الأصل المزبور.

لكنّ ذلك كلّه لا يقتضي اشتراطه على كيفيّة اشتراطه في البيع؛ بحيث لا يجدي قول: «أخذت بالشفعة» وإن علم به بعد ذلك ودفعه.

اللّهمّ إلّا أن يدّعى ظهور قوله عليه السلام : «فهو أحقّ بها من غيره بالثمن»[٣] و«ليس له إلّا الشراء والبيع الأوّل»[٤] في ذلك.

ولكنّه واضح المنع؛ ضرورة أنّ أقصاه اعتبار دفع الثمن، لا العلم به حال الأخذ.

---

(١) مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٥٤٢ ـ ٥٤٣.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الأحكام ج ٩ ص ٣٨.

(٣) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٤) تقدّم في ص ٥٠٧.

↑
ج ٣٧
٣٨١

وبالجملة: فالذي يمكن استفادته من الأدلّة عدم الشفعة مع فرض الجهل به على وجهٍ لا يتحقّق أنّه أخذ بالثمن وبالشراء الأوّل لموت البائع والمشتري ولا بيّنة أو لغير ذلك، وهو الذي تسمعه فيما يأتي من المصنّف وغيره من كون الجهل مسقطاً للشفعة أمّا غيره فلا.

ولعلّه لذا ترك اشتراطه من عرفت على وجهٍ يظهر منه عدم اشتراطه؛ ولو بملاحظة: ذكرِهِ غيرَه من الشرائط، وأنّه في مقام البيان، وقاعدة حجّيّة مفهوم اللقب في عبارات الفقهاء، بل من تعرّض لذلك اقتصر أكثرهم[1] على ذكر ذلك في الثمن دون المثمن.

ولكن مع ذلك فالاحتياط لا ينبغي تركه، خصوصاً بعد ما عرفت من أنّها على خلاف الأصل، والله العالم.

المسألة ﴿الثالثة﴾

قد عرفت سابقاً[2] أنّه ﴿يجب﴾ على الشفيع ﴿تسليم الثمن أوّلاً، فإن امتنع الشفيع لم يجب على المشتري التسليم حتّى يقبض﴾ لما تقدّم سابقاً من توقّف حصول الملك عليه مع طلب المشتري له، فلا حقّ حينئذٍ للشفيع قبله وإن قال: «أخذت بالشفعة».

نعم، قد يشكل ذلك بناءً على حصول الملك بالقول المزبور: بأنّ

---

(١) تقدّمت المصادر آنفاً.

(٢) في ص ٤٩٥.

الشفعة معاوضة أو كالمعاوضة يعتبر فيها التقابض، لا تقديم الثمن أوّلاً، وإن قيل: «إنّ ذلك لجبر وهنه بالأخذ منه قهراً، بخلاف البيع المبني على التراضي من الجانبين، فلم يكن أحد المتعاوضين أولى من الآخر بالبدأة، فيتقابضان معاً، مع أنّه قد قيل: بوجوب تسليم البائع أوّلاً، فيكون هنا أولى»(١).

إلّا أنّ ذلك كلّه ـ كما ترى ـ لا يوافق أُصول الإماميّة، بل مقتضى القول المزبور تسليم المشتري الشقص أوّلاً؛ ضرورة كونه الذي هو بمنزلة البائع للشفيع. اللّهمّ إلّا أن يريد بذلك: أصل الابتداء من أحدهما، لا التقابض، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٣٨٢

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿لو بلغه أنّ المشتري اثنان فترك﴾ الشفعة لذلك ﴿فبان واحداً، أو واحد﴾ كذلك ﴿فبان اثنين، أو بلغه أنّه اشترى لنفسه فبان لغيره، أو بالعكس، لم تبطل الشفعة؛ لـ﴾ ما عرفت من ﴿اختلاف الغرض في ذلك﴾ عند العقلاء، وقد عرفت الضابط وغيره ممّا يتعلّق بذلك.

وما أدري ما الذي دعا المصنّف إلى عدم نظم هذه الأمثلة ـ كما صنع الفاضل في القواعد(٢) ـ مع أنّ كتابه مبنيّ على التهذيب، والله العالم.

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٣٦.

(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٢.

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا كانت الأرض مشغولة بزرع﴾ على وجه شرعي ﴿يجب﴾ على الشفيع ﴿تبقيته﴾ إلى أوانه مجّاناً كما في القواعد[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] والدروس[٤].

قيل: «لأنّه تصرّف بحقّ؛ إذ المفروض أنّه تصرّف بعد القسمة الشرعيّة أو بالإذن مع الإشاعة، وله أمد ينتظر، فتكون مدّته كالمنفعة المستوفاة للمشتري، ولا كذلك الغرس والبناء، فإنّه لا أمد لهما ينتظر فيه القلع»[٥].

ولكنّه ـ كما ترى ـ لا يرجع إلى دليل معتدّ به شرعاً، خصوصاً إذا كان الزرع بعد القسمة على الوجه الشرعي فأخذ الشفيع بالشفعة، فإنّه لم يكن إذن من الشفيع بالزرع حتّى يكون كالعارية التي قد عرفت البحث فيها سابقاً.

ج ٣٧ / ٣٨٣

ودعوى[٦]: كونه حينئذٍ كالمشتري للأرض ذات الزرع، يدفعها: ـ بعد التسليم ـ إمكان منع الحكم في المشبّه به إذا لم يكن عرفٌ يقتضي ذلك على وجهٍ يكون كالشرط المضمر.

---

(١) المصدر السابق: ص ٢٥٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٧١.

(٣) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٨.

(٤) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٣ ج ٣ ص ٣٧٣.

(٥) مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٦٤٤.

(٦) كما في مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٣٧.

على أنّ مقتضى ما ذكروه من الأمد عدم تسلّط الشفيع على فسخ الإجارة لو وقعت من المشتري؛ لأنّ لها أواناً ينتظر.

ولعلّه لذا قال في جامع المقاصد: «لو آجر المشتري إلى مدّة فأخذ الشفيع فهل له فسخ الإجارة؟»[1] من دون ترجيح. ولكن لا يخفى عليك ما فيه خصوصاً مع فرض طول مدّة الإجارة.

وبالجملة: فهذه اعتبارات لا توافق أُصول الإماميّة، ومن هنا كان المحكي عن جامع الشرائع: أنّه يجبر المشتري على القلع بعد ضمان الأرش كالغرس[2].

قلت: بل المتّجه بناءً على ما ذكرنا عدم الأرش، وإن كان لم نجد القائل به، والله العالم.

وعلى كلّ حال ﴿فـ﴾ ـفي الإرشاد[3] وكذا الدروس[4] ومحكيّ المبسوط[5] وشرح الإرشاد للفخر[6]: أنّ ﴿الشفيع بالخيار بين الأخذ بالشفعة في الحال وبين الصبر حتّى يحصد؛ لأنّ له في ذلك غرضاً وهو الانتفاع بالمال، و﴾ الفرض ﴿تعذّر الانتفاع بالأرض

---

(١) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٢٧.

(٢) الجامع للشرائع: باب الشفعة ص ٢٧٩.

(٣) إرشاد الأذهان: الشفعة / في الأحكام ج ١ ص ٣٨٧.

(٤) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٤.

(٥) المبسوط: الشفعة / الحيل التي تسقط بها ج ٣ ص ١٥٩.

(٦) شرح الإرشاد: الشفعة / في الأحكام ذيل قول المصنّف: «تأخير المطالبة إلى الحصاد» ورقة ٥٣ (مخطوط).

المشغولة﴾ فلا يجب عليه بذل الثمن الموجب للانتفاع به من غير مقابل، فيجوز له حينئذٍ تأخير الأخذ؛ لأنّ تعجيله ملزوم لتعجيل الثمن.

↑ ج ٣٧ / ٣٨٤

وفي المختلف[1] والإيضاح[2] وجامع المقاصد[3] ومحكيّ التذكرة[4] وظاهر التحرير[5]: «لا يجوز له التأخير»، وفي المسالك: «لا يخلو من قوّة؛ لأنّ الشفعة على الفور، ومثل ذلك لا يثبت عذراً، كما لو بيعت الأرض في غير وقت الانتفاع، فإنّه لا يجوز تأخير الأخذ إلى وقته إجماعاً»[6].

ولعلّه لذلك قال المصنّف وكذا الفاضل في القواعد[7]: ﴿وفي جواز التأخير مع بقاء الشفعة تردّد﴾.

ولكن لا يخفى عليك قوّة الأوّل؛ لأنّ الشفعة وإن كانت على خلاف الأصل إلّا أنّه بعد تعلّقها يكون مقتضى الأصل بقاءها بعد عدم دليل على الفوريّة على وجهٍ ينافي ذلك، خصوصاً بعد ما سمعت ما ذكروه من الأعذار التي لا تنطبق إلّا على إرادة سقوطها مع إهمالها رغبةً عنها، لا مع الغرض المعتدّ به عند العقلاء.

وكذا الكلام في ذي الثمرة التي يجب بقاؤها أيضاً إلى قطافها، اللّهمّ

---

(١) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٦١ ـ ٣٦٢.

(٢) إيضاح الفوائد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢٢٠.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٦ ص ٤٤٤ ـ ٤٤٥.

(٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٧٢.

(٥) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٨.

(٦) مسالك الأفهام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٣٣٧.

(٧) قواعد الأحكام: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢٥٨.

إلّا أن يقال: إنّ الثمر لا يمنع الانتفاع بالمأخوذ هنا فلا عذر، والله العالم.

المسألة ﴿السادسة﴾

قد عرفت فيما تقدّم[١] أيضاً أنّه ﴿إذا سأل البائع[٢] الشفيع الإقالة﴾ أو بالعكس ﴿فأقاله لم يصحّ؛ لأنّها إنّما تصحّ بين[٣] المتعاقدين﴾ وهما البائع والمشتري، دون الشفيع الذي يأخذ من المشتري كما هو واضح، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٣٨٥

﴿المقصد الرابع﴾

﴿في لواحق الأخذ بالشفعة﴾

﴿وفيه مسائل﴾:

﴿الأولى﴾

﴿إذا اشترى﴾ المشتري ما فيه الشفعة ﴿بثمن مؤجّل، قال﴾ الشيخ ﴿في المبسوط[٤]﴾ والخلاف[٥] وأبو علي[٦] والطبرسي[٧] فيما حكي عنهما: ﴿للشفيع أخذه بالثمن عاجلاً، وله التأخير وأخذه

(١) في ص ٥٣٩...

(٢) في نسخة الشرائع بعدها إضافة «من» مجعولةً في نسخة المسالك بين معقوفتين.

(٣) في نسخة الشرائع بدلها: من.

(٤) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٢.

(٥) الخلاف: الشفعة / مسألة ٩ ج ٣ ص ٤٣٣.

(٦) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٥.

(٧) المؤتلف من المختلف: الشفعة / مسألة ٩ ج ١ ص ٦٣١.

بالثمن في محلّه﴾ وهو المحكي عن أبي حنيفة والشافعي في الجديد[١]؛ لاختلاف الذمم في ذلك، فيجب إمّا التعجيل وإمّا الصبر إلى وقت الحلول، ولا ينافي ذلك الفوريّة بعد أن كان التأخير لغرض معتدّ به عند العقلاء، وليس هو للرغبة عن الشفعة.

﴿و﴾ لكن قال الشيخ ﴿في النهاية[٢]: يأخذه﴾ أي الشفيع الشقصَ من المشتري ﴿عاجلاً ويكون الثمن عليه[٣]﴾ إلى وقته حتّى لو مات المشتري وحلّ ما عليه، وإن احتمل حلوله على الشفيع حينئذٍ، لكنّه واضح الضعف لما ستعرف ﴿و﴾ إنّما ﴿يلزم كفيلاً بالمال إن﴾ أراده المشتري و﴿لم يكن﴾ هو وفيّاً ﴿مليّاً﴾.

↑ ج ٣٧ / ٣٨٦

﴿وهو أشبه﴾ عند المصنّف وكافّة من تأخّر عنه[٤]، بل هو المحكي أيضاً عن المقنعة[٥] والمهذّب[٦] والغنية[٧] والسرائر[٨]، بل في الخلاف:

---

(١) العزيز: ج ٥ ص ٥٠٨ ـ ٥٠٩، بدائع الصنائع: ج ٥ ص ٢٧، المجموع: ج ١٤ ص ٣١١، بداية المجتهد: ج ٢ ص ٢٥٨.

(٢) النهاية: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٢٣١.

(٣) في نسخة المسالك بعدها إضافة «مؤجّلاً» مجعولةً في نسخة الشرائع بين معقوفتين.

(٤) كالعلّامة في التذكرة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٦١، وولده في الإيضاح: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢١١، والشهيد في الدروس: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٤، والكركي في جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٠٧.

(٥) المقنعة: كتاب الشفعة ص ٦٢٠.

(٦) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٨.

(٧) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٦.

(٨) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٨.

نسبته إلى قوم من أصحابنا ـ مشعراً بوجود القائل فيه غير المفيد ممّن تقدّم ـ وأنّه قويّ[١]؛ لأنّ حقّ الشفعة على الفور، فترك الطلب إلى الأجل منافٍ له، وأداء الثمن في الحال زيادة صفة في الثمن لا يلزم بها الشفيع.

فالقول الأوّل حينئذٍ يستلزم أحد محذورين؛ إمّا إسقاط الشفعة على تقدير ثبوتها، أو إلزام المشتري[٢] بزيادة لا موجب لها، وكلاهما باطلان.

بيان الملازمة: أنّه لو جوّزنا له التأخير لزم الأمر الأوّل، والمفروض أنّها على الفور على ما اعترف به الخصم، وإن لم نجوّز له التأخير ألزمناه بزيادة صفة ـ وهي تعجيل الثمن ـ من غير موجب.

بل ظاهر قوله عليه‌السلام: «هو أحقّ بها من غيره بالثمن»[٣] إرادة المماثلة بعد معلوميّة عدم إرادة نفس الشخص، ولا تتحقّق إلّا بالمساواة في الأجل، وعدم تساوي الذمم ـ الذي ذكره الخصم ـ لا يقتضي ما عرفت من التخيير؛ لإمكان التخلّص بالكفيل الوفيّ المليّ مع فرض عدم كون الشفيع كذلك، فتبقى الشفعة حينئذٍ على الفور بعد سقوط العذر بما عرفت، هذا.

ولكن في الرياض المناقشة بـ«أنّ الخبر المزبور لم يدلّ إلّا على عدم وجوب تعجيل الثمن على الشفيع، وهو لا يستلزم وجوب الأخذ

---

(١) الخلاف: الشفعة / مسألة ٩ ج ٣ ص ٤٣٤.

(٢) أي إلزام المشتري للشفيع، وفي العديد من الكتب الفقهيّة إبدالها بـ«الشفيع».

(٣) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

بالشفعة حالاً إلّا على تقدير اعتبار الفوريّة، والمفروض عدمه. فالمتّجه على هذا: التخيير بين الأمرين اللذين ذكرهما في المبسوط والخلاف وبين ما ذكره الأصحاب، وهو في غاية القوّة إن لم يكن إحداث قول ثالث في المسألة»[1].

قلت: لكن فيه: أنّه لا وجه حينئذٍ لجواز التأخير بعد فرض مشروعيّة الشفعة بالآجل؛ ضرورة إمكان الفور بالشفعة بلا ضرر على الشفيع.

ج ٣٧ / ٣٨٧

ولا وقع لقوله: «والمفروض عدمه»؛ ضرورة أنّ الإشكال على القول بالفوريّة، لا على التراخي الذي يمكن معه تأخير الشفعة إلى وقت الحلول، وما سمعته من الدليل مبنيّ على الفور، والشيخ رحمه الله جعل التأخير للعذر الذي لا ينافي الفوريّة الذي هو قد اعترف به.

نعم، على التراخي يتّجه البحث أيضاً: في أنّ الشفعة معجّلة مع بقاء الثمن في ذمّته إلى الأجل، أو لا بل يؤخّرها إلى الأجل لأنّ الذمم غير متساوية؟

وبالجملة: ما ذكره في غاية السقوط على القول بالفوريّة.

كما أنّه قد يناقش المشهور: بمنافاته لما سمعته منهم من وجوب دفع الثمن أوّلاً؛ لتوقّف استحقاق الشفعة عليه، أو لأنّه جزء مملّك أو شرط كاشف، أو لأنّ ذلك حكم تعبّدي للشفعة وإن لم يتوقّف عليه الملك.

---

(١) رياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٩٥.

واحتمال اختصاص ذلك بغير المؤجّل، مجرّد تهجّس لا يساعد عليه شيء من الأدلّة، التي هي - مضافاً إلى إطلاق أدلّة الشفعة - قوله عليه‌السلام: «هو أحقّ بها من غيره بالثمن»[1] وما في المكاتبة من أنّه «ليس للشفيع إلّا الشراء والبيع الأوّل»[2] وخبر عليّ بن مهزيار[3] المشتمل على بطلان الشفعة بالتأخير عن الثلاثة أيّام في المصر وفي غيره بعد مضيّ مقدار الذهاب والإياب إليه كما عرفته سابقاً، وليس في شيء منها تعرّض للثمن المؤجّل.

على أنّ مقتضى ذلك: اختلاف كيفيّة التملّك بالشفعة في المؤجّل وغيره، والنصوص كادت تكون صريحة في اتّحاد كيفيّتها.

↑ ج ٣٧ / ٣٨٨

وأيضاً لو كان المراد من الثمن في النصوص المزبورة ما يشمل المؤجّل، لكان المتّجه اعتبار جميع ما يذكر شرطاً فيه بين المشتري والبائع من المكان والرهن والكفيل وغير ذلك؛ إذ لا فرق بين اشتراط الزمان لأدائه واشتراط غيره من المكان ونحوه ممّا يرجع إليه، ولا أظنّ أحداً يلتزمه.

وأيضاً إذا فرض شمول النصوص المزبورة للمؤجّل على أجله، فلا وجه للمطالبة بالكفيل بعد عدم ثبوت الحقّ، ودعوى اختلاف الذمم

---

(١) تقدّم في ص ٣٦٨ - ٣٦٩.

(٢) تقدّم في ص ٥٠٧.

(٣) تقدّم في ص ٤٢٦.

في ذلك لا ترجع إلى دليل معتبر يوافق أُصول الإماميّة بحيث يقطع به إطلاق الأدلّة ويسقط الحقّ الثابت منها مع فرض تعذّر الكفيل عليه خصوصاً مع العلم بحال الشفيع، وإنّما يناسب هذه الاعتبارات مذاق العامّة القائلين بذلك كأحمد ومالك والشافعي في القديم[١].

وأيضاً يتّجه عليه أنّه لا يجب على المشتري قبوله ـ فضلاً عن البائع ـ لو بذله الشفيع حالّاً لتعذّر الكفيل عليه مثلاً، كما لا يجب على البائع قبوله من المشتري كذلك؛ إذ الأجل حقّ لهما، ويمكن أن يكون للمشتري غرض بالتأخير، وظاهر المفيد بل صريحه في المقنعة التزامه ذلك[٢].

ولكن لا يخفى ظهور كلامهم في غيره، واستشكله في الرياض بناءً على مذهب المشهور ثمّ قال: «ولا يبعد اللزوم عليه؛ التفاتاً إلى أنّ الحكم بالتأجيل في حقّ الشفيع إنّما هو مراعاة لحقّه واستخلاص له عن لزوم التعجيل به، فإذا أسقط حقّه وتبرّع بالتعجيل فلا موجب للمشتري عن عدم قبوله مع دلالة الإطلاقات على لزومه»[٣].

قلت: مع فرض دلالة الإطلاق على ذلك لم يكن وجه لجواز شفعته مؤجّلاً؛ ضرورة أنّ مبنى ذلك كما عرفت دعوى ظهور قوله عليه السلام:

---

(١) المجموع: ج ١٤ ص ٣١٤، العزيز: ج ٥ ص ٥١٠.

(٢) المقنعة: كتاب الشفعة ص ٦٢٠.

(٣) رياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٩٥.

ج ٣٧
٣٨٩

«بالثمن» في المماثلة حتّى بالتأجيل، وحينئذٍ يكون الأجل بالنسبة إليه كالأجل بالنسبة للمشتري، وإن كان الأقوى ما عرفت من ظهور الأدلّة في اعتبار الحلول في الثمن في مشروعيّة الشفعة عندنا.

وإنّما كلامنا على المشهور الذي مقتضاه أنّ للمشتري عدم القبول وإن بذله الشفيع وإلزامه بالكفيل.

وفيه ما عرفت، مضافاً إلى منافاته للإرفاق بالشفيع الذي ثبتت له الشفعة مراعاةً للضرر عليه، ولا ريب في حصول كمال الضرر عليه بإلزامه بالكفيل وعدم قبول الثمن حالاًّ منه على وجهٍ تسقط شفعته إن لم يتيسّر له ذلك.

وأيضاً قد عرفت أنّ الشفعة على خلاف الأصل، والمتيقّن من ترتّب الأثر على الأخذ بها مع دفع الثمن فعلاً. بل إن لم يكن إجماع على كفاية الصبر من المشتري في ثبوته في ذمّة الشفيع، أمكن المناقشة في ثبوتها فيها على وجهٍ يكون ديناً له على الشفيع ويملكه بالإيجاب من الشفيع خاصّة.

وعلى كلّ حال، فقد ظهر لك من ذلك كلّه: أنّ المتّجه حينئذٍ اعتبار الحلول عليه متى أخذ بالشفعة؛ ليتمّ ملكه للشقص، ولظاهر قوله عليه السلام: «أحقّ بالثمن»[1] والمراد منه من حيث المقدار، وخبر ابن مهزيار[2]،

---

(١) تقدّم في ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٢) تقدّم في ص ٤٢٦.

وغير ذلك ممّا أشرنا إليه.

نعم، هل يكون التأجيل للمشتري عذراً للشفيع لو أراد التأخير بشفعته من حيث الزيادة له بناءً على الفوريّة؟

وجهان، لا يخلو أوّلهما من قوّة بناءً على ما تكرّر منّا غير مرّة من أنّ مقتضى إطلاق الأدلّة ثبوت حقّ الشفعة على الدوام، والضرر على المشتري بذلك هو الذي أدخله على نفسه بشرائه ما فيه الشفعة غير ملاحظٍ لما يسقطها، ولكن للإجماع المحكي أو غيره قلنا بسقوطها مع الإهمال رغبةً عنها من حيث كونها كذلك لا لغرض معتدّ به عند العقلاء.

↑ ج ٣٧ / ٣٩٠

وبعد تسليم عدم كون ذلك عذراً مجوّزاً للتأخير، لا مدخل له فيما ذكرناه من أنّ الشفعة على الحلول مطلقاً. وحينئذٍ فكلام الشيخ رحمه الله[1] قد تضمّن أمرين لا مدخليّة لأحدهما في الآخر، والله العالم.

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿قال المفيد[2][3] والمرتضى[4] رحمهما الله[5]﴾ وأبو علي[6] والشيخ في

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) المقنعة: كتاب الشفعة ص ٦١٩.

(٣) في نسخة المسالك بعدها إضافة: رحمه الله.

(٤) الانتصار: مسألة ٢٥٧ ص ٤٥١.

(٥) في نسخة الشرائع بدل «رحمهما الله»: «قدّس الله روحهما»، وفي نسخة المسالك: «قدّس الله روحه».

(٦) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٧.

بيع الخلاف[١] وابن إدريس[٢] ويحيى بن سعيد[٣] والآبي[٤] والفاضل[٥] والشهيدان[٦] والكركي[٧] والمقداد[٨] وابن فهد[٩] والصيمري[١٠] وغيرهم[١١] على ما حكي عن بعضهم: إنّ «الشفعة تورث» ولو للإمام عليه السلام سواء طالب المورّث أو لا إذا لم يكن ذلك إسقاطاً، بل ظاهر المرتضى وعن صريح السرائر: الإجماع عليه.

لعموم الأدلّة كتاباً[١٢] وسنّةً[١٣] سيّما المرسل في المسالك[١٤]

---

(١) الخلاف: البيوع / مسألة ٣٦ ج ٣ ص ٢٧.

(٢) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٢.

(٣) الجامع للشرائع: باب الشفعة ص ٢٧٨.

(٤) كشف الرموز: كتاب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٨.

(٥) قواعد الأحكام: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢٥٨، تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٧، إرشاد الأذهان: الشفعة / في الأحكام ج ١ ص ٣٨٧.

(٦) الشهيد الأوّل في الدروس: الشفعة / درس ٢٧٤ ج ٣ ص ٣٧٤، واللمعة: كتاب الشفعة ص ١٧٠، والشهيد الثاني في الروضة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤١٢، والمسالك: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٤٠ ـ ٣٤١.

(٧) جامع المقاصد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٦ ص ٤٤٧.

(٨) التنقيح الرائع: الشفعة / في اللواحق ج ٤ ص ٩٥.

(٩) المقتصر: كتاب الشفعة ص ٣٤٨.

(١٠) غاية المرام: الشفعة / في اللواحق ج ٤ ص ١١٥.

(١١) كالسبزواري في الكفاية: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٤٨ ـ ٥٤٩، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٩٣٣ ج ٣ ص ٨٢.

(١٢) سورة النساء: الآية ٧.

(١٣) وسائل الشيعة: انظر باب ١ و٢ من أبواب موجبات الإرث ج ٢٦ ص ٦٣ فما بعدها.

(١٤) مسالك الأفهام: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٤١.

↑ ج ٣٧ / ٣٩١

وغيرها[١] عنه صلى الله عليه وآله : «ما ترك الميّت من حقّ فهو لوارثه» المندرج فيه حقّ الخيار بلا خلاف ـ بل قيل : «إنّه متّفق عليه»[٢] ـ وكذلك حقّ القذف وغيره ممّا هو كالشفعة ، وتجدّد ملك الوارث لا ينافي أخذ ما استحقّه مورّثه .

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿قال الشيخ[٣]﴾ في النهاية[٤] ومحكيّ الخلاف[٥] هنا والمهذّب[٦] والوسيلة[٧] والطبرسي[٨] : ﴿لا تورث﴾ بل عن المبسوط : نسبته إلى الأكثر[٩] .

﴿تعويلاً على رواية﴾ محمّد بن يحيى عن ﴿طلحة بن زيد﴾ عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليهم السلام أنّه قال : «لا شفعة إلّا لشريك غير مقاسم ، وقال : إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال : لا يشفع في الحدود ، وقال : لا تورث الشفعة»[١٠] .

---

(١) كمفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٣٣ ج ٣ ص ٨٢ .

(٢) مسالك الأفهام: (الهامش قبل السابق)، مفتاح الكرامة: الشفعة /في مسقطاتها ج١٨ ص٧٠٣.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: رحمه الله.

(٤) النهاية: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٢٣٣.

(٥) الخلاف: الشفعة / مسألة ١٢ ج ٣ ص ٤٣٦ ـ ٤٣٧.

(٦) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٩.

(٧) الوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٩.

(٨) المؤتلف من المختلف: الشفعة / مسألة ١٢ ج ١ ص ٦٣٢.

(٩) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٣.

(١٠) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ١٤ الشفعة ح ١٨ ج ٧ ص ١٦٧، وسائل الشيعة: باب ١٢ من كتاب الشفعة ح ١ ج ٢٥ ص ٤٠٧.

﴿و﴾ لكن ﴿هو﴾ أي طلحة بن زيد ﴿بتريّ﴾ بل قيل : «إنّ محمّد ابن يحيى غير معروف»[١]، وإن كان فيه : أنّ الظاهر كونه الخزّاز .

بل قيل : «إنّ الظاهر عدّ حديث طلحة من القويّ أو الموثّق؛ لأنّ كتابه معتمد ، وداخل تحت إجماع العدّة ، وأنّ صفوان يروي عنه»[٢].

إلّا أنّ ذلك غير مجدٍ ، بعد : إعراض من عرفت عنه ، وتحقّق خلاف الأكثريّة المحكيّة .

﴿و﴾ من هنا كان ﴿الأوّل أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده ، التي منها : عدم الخروج بمثله عن العمومات .

خصوصاً بعد رجوع الشيخ في الخلاف إلى الأوّل في كتاب البيع المتأخّر عن الشفعة ، ومعلوميّة كون النهاية متون أخبار ، ورواية الصدوق[٣] له أعمّ من عمله به كما لا يخفى على من لاحظ كتابه ، فينحصر الخلاف حينئذٍ في نادر .

وخصوصاً بعد إضماره وموافقته للمحكي عن الثوري وأبي حنيفة وأحمد[٤].

ولذا قال المصنّف : ﴿تمسّكاً بعموم الآية﴾ .

↑ ج ٣٧ / ٣٩٢

(١) رياض المسائل: الشفعة / في اللواحق ج ١٤ ص ١٠٠.

(٢) مفتاح الكرامة: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٨ ص ٧٠٤.

(٣) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الشفعة ح ٣٣٧٣ ج ٣ ص ٧٨.

(٤) حلية العلماء: ج ٥ ص ٣١٦، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٥٣٦ ـ ٥٣٧، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٥١٦.

فمن الغريب بعد ذلك كلّه : ميل المقدّس الأردبيلي إلى العمل أو قوله به[١]، والله العالم .

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿وهي﴾ أي الشفعة بناءً على أنّها ﴿تورث كالمال﴾ تقسّط على النصيب لا الرؤوس ﴿فلو ترك زوجةً﴾ مثلاً ﴿وولداً، فللزوجة الثُّمن وللولد الباقي﴾ .

بلا خلاف أجده فيه بيننا[٢]، وإن توهّم[٣] ذلك من عبارة المبسوط ، قال : «فمن أثبت الميراث في الشفعة ورّثه على فرائض الله ، فإن خلّف زوجةً وابناً كان لها الثُّمن والباقي لابنه ، وعلى هذا أبداً عند من قسّمه على الأنصباء ، ومن قسّمه على الرؤوس جعله بينهما نصفين»[٤].

والظاهر أنّه أراد العامّة ، قال في محكيّ التذكرة : «اختلفت الشافعيّة ، فقال بعضهم : إنّ الشافعي قال : إنّها على عدد الرؤوس ، ونقله المزني عنه . وقال بعضهم : هذا لا يحفظ عن الشافعي ، فإنّ الجماعة إذا ورثوا أخذوا الشفعة بحسب فروضهم قولاً واحداً؛ لأنّهم يرثون بالشفعة عن الميّت ، لا أنّهم يأخذونها بالملك»[٥].

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الشرائط ج ٩ ص ١١ ـ ١٢.

(٢) كما في مفتاح الكرامة: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٨ ص ٧٠٥.

(٣) كما في مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٤.

(٤) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٣.

(٥) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٨٥.

لكن في المختلف ـ بعد أن ذكر ما في المبسوط ـ قال: «إنّ كلامه الأخير يصيّر المسألة خلافيّة»[١].

وعلى كلّ حال، فلا خلاف محقّق ولا إشكال؛ ضرورة أنّه مقتضى ثبوتها بالإرث القسمة على النصيب كغيرها من الموروث، وليس ثبوتها بالشركة، ولذا أثبتها من لم يقل بالشفعة مع الكثرة كما أومأ إليه في الدروس وغيرها[٢]، قال: «ليس هذا مبنيّاً على الكثرة؛ لأنّ مصدرها واحد، فتقسّم على السهام ـ ثمّ قال: ـ ولك أن تقول: هل الوارث يأخذ بسبب أنّه شريك، أم يأخذ للمورّث ثمّ يخلفه فيه؟ فعلى الأوّل يتّجه القول بالرؤوس، وعلى الثاني لا»[٣].

↑ ج ٣٧ ٢٩٣

ومن الغريب بعد ذلك كلّه ما في الرياض من دعوى: «أنّ الحجّة على ذلك غير واضحة، عدا ما استدلّوا به لإثبات أصل المسألة من عمومات الإرث، وهو حسن إن بلغ درجة الحجّة كما ظنّوه، وإلّا ـ كما ذكره بعض الأجلّة، ولعلّه لا يخلو من قوّة ـ ففيه مناقشة، والأصل يقتضي التسوية، لكنّ المخالف لهم غير معروف وإن ذكروه قولاً، والظاهر أنّه من العامّة كما يستفاد من جماعة»[٤].

وفيه: أنّه مع فرض عدم تناول أدلّة الإرث لذلك لا شفعة أصلاً

(١) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٤.

(٢) كمفتاح الكرامة: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٨ ص ٧٠٧.

(٣) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٤ ج ٣ ص ٣٧٤.

(٤) رياض المسائل: الشفعة / في اللواحق ج ١٤ ص ١٠١.

للوارث ـ الذي تجدّد ملكه بعد حصول البيع ـ وإن كانت ثابتة للمورّث، لكنّ الفرض عدم تناول أدلّة الإرث لذلك، فليس حينئذٍ إلّا الشركة المتجدّدة، وهي لا تقتضي الشفعة كما هو واضح.

ثمّ إنّ ذكر الزوجة في المتن وغيره[1] لبيان أنّها لا تُحرم من الشفعة وإن حُرمت من بعض الأشياء.

بل قد يقال: إنّه لبيان أنّها ترث الشفعة في العقار وإن لم تكن ترث من الشقص الذي استحقّ به المورّث الشفعة، فهي تشارك الورثة في الشفعة دون الشقص الذي انتقل إليه[2] من المورّث، فإنّ استحقاقهم الشفعة ليس للشركة ضرورة تجدّد ملكهم، بل هو للإرث المشترك بينهم وبينها في سببه المستفاد من الكتاب[3] والسنّة[4].

↑ ج ٣٧ / ٣٩٤

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّها تمنع من الإرث للعقار وللحقّ المتعلّق به المقتضي لانتقاله أيضاً، خصوصاً مع ملاحظة ما ورد[5] من حكمة منعها من الإرث منه، مؤيّداً: بأنّ إرث الشفعة إنّما يكون بإرث سببه، والفرض عدم إرثها في الشقص الذي هو سببها.

---

(١) كقواعد الأحكام: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢٥٨، والروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤١٢.

(٢) الأولى التعبير بـ «إليهم».

(٣) سورة النساء: الآية ٧.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ١ و٢ من أبواب موجبات الإرث ج ٢٦ ص ٦٣ فما بعدها.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ٦ من أبواب ميراث الأزواج ج ٢٦ ص ٢٠٥.

إلاّ أنّ الجميع كما ترى .

وعليه قد يتصوّر إرثها للشفعة بالشركة في الشِّرب ، فإنّها ترث منه ويتبعه إرثها للشفعة حينئذٍ .

وبالجملة : فالمراد أنّها حيث ترث الشفعة يكون لها الثُّمن في المشفوع والباقي للولد إذا لم يكن غيرهما ، لا أنّه يكون بينهما بالنصف كالشريكين على القول بثبوتها مع تعدّد الشركاء ، كما عرفت الكلام فيه مفصّلاً .

واحتمال القول به هنا كذلك أيضاً لبعض النصوص السابقة ، يدفعه : عدم الجابر له في المقام لما عرفت ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان ، فـ﴿لو عفا أحد الورّاث عن نصيبه لم تسقط[1]﴾ الشفعة ، وإن قلنا بالسقوط لو وقع ذلك عن المورّث الذي لا شريك له فيها ـ بناءً على منافاة مثله للفوريّة ـ والفرض عدم صحّة التبعيض منه ، بخلاف الفرض الذي قد اشترك فيه جميع الورثة ، فلا يسقط الحقّ بعفو البعض . نعم ، لو فرض أنّ الوارث واحد وعفا عن البعض سقطت بناءً على السقوط بمثله في المورّث .

﴿و﴾ على كلّ حال ، فإذا عفا البعض ﴿كان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع﴾ لأنّ عفوه إنّما يسقط استحقاقه نفسه الأخذ لا الشفعة عن مقدار حقّه؛ لما عرفت من عدم تبعّض الشفعة ، والفرض أنّ مصدرها هنا

(١) في نسخة الشرائع: لم يسقط.

واحد، فليست إلّا شفعة واحدة وإن تكثّر المستحقّ لها على وجهٍ توزّع عليهم على قدر النصيب لو أخذوا بها.

ج ٣٧ / ٣٩٥

وبذلك ظهر لك الفرق بين المقام وبين العفو من أحد الشركاء بناءً على ثبوتها مع الكثرة؛ لأنّها باعتبار تعدّد مستحقّيها أصالةً كانت بمنزلة تعدّد الشفعات، فيمكن القول بصحّة عفو البعض بالنسبة إلى نصيبه خاصّة، ولا تبعيض في الشفعة كما سمعته من أبي علي سابقاً، بل سمعت ما يقتضي قوّته.

لكن عن التذكرة هنا: «الوجه أنّ حقّ العافي للمشتري؛ لأنّهما لو عفوا معاً لكان الشقص له، فكذا إذا عفا أحدهما يكون نصيبه له، بخلاف حدّ القذف فإنّه وضع للزجر، فللّه تعالى فيه حقّ»[1]، بل قد سمعت سابقاً ما في الانتصار أيضاً، بل تأمّل في ذلك أيضاً المقدّس الأردبيلي هنا[2].

وهو وإن كان مؤيّداً لما ذكرناه سابقاً على القول بالكثرة، إلّا أنّ الإنصاف إمكان الفرق بين المقامين بما عرفت.

وكيف كان، فقول المصنّف: ﴿وفيه تردّد ضعيف﴾ محتمل لإرادة بيان احتمال سقوط أصل الشفعة بعفو البعض كالمورّث، ولإرادة بيان صحّة عفو العافي في نصيبه، فيأخذ غيره من شركائه ما عداه، وقد عرفت وجه ضعفه على كلا التقديرين.

---

(١) تذكرة الفقهاء: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الشرائط ج ٩ ص ١١.

نعم، لو عفا أحد الورّاث وطالب الآخر، فمات المطالب وورثه العافي، فله الأخذ بالشفعة؛ لاستحقاق المطالب الجميع بعد عفو العافي، فبموته ينتقل استحقاقه إلى وارثه الذي هو العافي، ولا يضرّ عفوه السابق؛ لأنّ هذا حقّ آخر بسبب آخر غير الأوّل.

فما في القواعد[1] والمحكي من حواشيها للشهيد[2] من الإشكال في ذلك، في غير محلّه.

ج ٣٧ / ٣٩٦

ولو مات مفلّس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة، بناءً على المختار من انتقال التركة للوارث وإن استغرقها الدين، أمّا على القول ببقائها على حكم مال الميّت ففي ثبوت الشفعة إشكال، وعلى تقديره ففي الأخذ بها له إشكال.

ولو بيع بعض ملك الميّت في الدين، لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة بناءً على أنّ التركة ملك له، بل وعلى القول بأنّها على حكم مال الميّت وأنّه لا يملك شيئاً منها إلّا بعد قضاء الدين؛ ضرورة تجدّد ملكه حينئذٍ بعد البيع، فلا يستحقّ شفعة. نعم، لو قلنا بأنّه يملك الزائد عن قدر الدين اتّجه احتمال ثبوتها له؛ لأنّه شريك حينئذٍ.

وكذا الكلام فيما لو كان الوارث شريكاً للمورّث فبيع نصيب المورّث في الدين.

ولو اشترى شقصاً مشفوعاً وأوصى به ثمّ مات، فللشفيع أخذه

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢٥٨.

(٢) نقله في مفتاح الكرامة: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٨ ص ٧١١ ـ ٧١٢.

بالشفعة لسبق حقّه، ويدفع الثمن إلى الورثة، وبطلت الوصيّة التي هي ليست أولى من الوقف؛ لتعلّقها بالعين لا البدل.

ولو أوصى لإنسان بشقص، فباع الشريك بعد الموت قبل القبول، استحقّ الشفعة الوارث بناءً على أنّ القبول ناقل؛ لأنّه المالك حينئذٍ دون الموصى له. نعم، بناءً على أنّ القبول كاشف عن ملكه بالموت، تكون الشفعة له إذا قبل وشفع فوراً، ولا يستحقّها قبل القبول؛ لعدم العلم بكونه مالكاً قبله، وحينئذٍ يتّجه كونه عذراً له.

لكن في الدروس: «هل يكون ذلك عذراً له؟ الأقرب لا»[1]. وفيه ما عرفت.

بل في القواعد: «ولا يستحقّ الوارث ـ أي المطالبة ـ لأنّا لا نعلم أنّ الملك له قبل الردّ ـ ثمّ قال: ـ ويحتمل مطالبة الوارث؛ لأنّ الأصل عدم القبول وبقاء الحقّ»[2].

ج ٣٧ / ٣٩٧

وفيه: أنّه مع اعتبار الردّ في تملّكه أيضاً مقتضى الأصل عدمه، فهو حينئذٍ مملوك لمالك في الواقع غير معيّن، وعدم القبول الذي يدّعى أصالة عدمه مرجعه إلى أمر وجودي، وهو إنشاء عدم إرادته لا السكوت، فإذا مات انتقل إلى وارثه... وهكذا تملّك كلّ منهما في الحقيقة متوقّف على أمر وجودي مقتضى الأصل عدمه؛ لأنّ الموت صالح لتمليك الموصى له ولتمليك الوارث لمكان الوصيّة المستعقبة

(١) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٤ ج ٣ ص ٣٧٥.

(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢٥٩.

للقبول والردّ، فليس هناك حقّ لأحدهما يستصحب بقاؤه.

وعلى تقدير استحقاقه المطالبة، لو طالب ثمّ قبل الموصى له افتقر إلى الطلب ثانياً؛ لظهور عدم استحقاق المطالب.

ولو لم يطالب الوارث حتّى قبل الموصى له، فلا شفعة للموصى له بناءً على النقل، وفي الوارث وجهان مبنيّان على ثبوتها لمن باع قبل العلم ببيع شريكه وعدمه، أقواهما الثبوت، والله العالم.

المسألة «الرابعة»

«إذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة» على وجهٍ لا ينافي الفوريّة «قال الشيخ[١]» والقاضي[٢] وابن حمزة[٣] ويحيى بن سعيد[٤] والفاضل[٥] والشهيد[٦] والكركي[٧] وغيرهم[٨] على ما حكي عن بعضهم: «سقطت شفعته» بل لا خلاف فيه محقّق كما ستعرف.

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٣.

(٢) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٥.

(٣) الوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٩.

(٤) الجامع للشرائع: باب الشفعة ص ٢٧٩.

(٥) قواعد الأحكام: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢٥٨، تذكرة الفقهاء: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٢ ص ٣٢٩، تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٩.

(٦) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٦٨.

(٧) جامع المقاصد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٦ ص ٤٤٥.

(٨) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الشفعة / في الشرائط ج ٩ ص ٤٠.

لأنّ البيع بعد العلم يؤذن بالإعراض عنها، كما إذا بارك أو ضمن الدرك.

و﴿لأنّ الاستحقاق﴾ لها ﴿بسبب النصيب﴾ مع البيع؛ للضرر المنفي حال البيع، وقد زال بزوال أحد جزأيه، فيزول المسبّب، ولا يكفي وجوده حال الشراء؛ لظهور قوله عليه السلام: «لا شفعة إلّا لشريك غير مقاسم...»[1] في اعتبار حصولها حال الشفعة؛ وإلّا لثبتت لغير شريك.

↑ ج ٣٧ / ٣٩٨

مؤيّداً: بما سمعته من كون العلّة في ثبوتها الضرر، الممتنع مع البيع.

ولكن قد يناقش: بمنع الإيذان المزبور؛ ضرورة أعمّيّة البيع منه. وبأنّ المسلّم من جزئيّة الشركة للسبب حصولها حال البيع، لا بقاؤها إلى حال الأخذ، فإنّ النصوص إنّما هي في بيان موضوع استحقاق الشفعة لا أخذها.

ودعوى ظهورها في اعتبار بقاء وصف «الشريك الغير المقاسم» حال الأخذ واضحة المنع، بل صريح كلامهم في استحقاق الشفعة للشريك وإن حصلت القسمة الشرعيّة مع الوكيل أو غيره.

والضرر إنّما هو حكمة لا علّة، والظهور من الخبر المزبور قد عرفت أنّه حين تعلّقها لا حين الأخذ بها، وليس ذلك إثباتاً لها لغير شريك، بل هو استدامة لثبوتها حال الشركة.

---

(١) تقدّم في ص ٣٧١ و٣٧٢.

هذا كلّه مع العلم .

﴿أمّا لو باع قبل العلم﴾ فعن الشيخ[١] ويحيى بن سعيد[٢] وظاهر ابن حمزة[٣] : ﴿لم تسقط؛ لأنّ الاستحقاق سابق على البيع﴾ .

وفي القواعد : «ففي البطلان إشكال ، ينشأ : من زوال السبب ، ومن ثبوته قبل البيع»[٤] ، قيل : «ونحوها ما في التحرير والحواشي والدروس من عدم الترجيح مع الميل في الأخير إلى البطلان»[٥] الذي هو خيرة الإرشاد[٦] والمختلف[٧] وجامع المقاصد[٨] ومجمع البرهان[٩] ، وفي المسالك : «لا يخلو من قوّة»[١٠] .

لكن لا يخفى عليك ما في التعليل المزبور المقتضي للصحّة أيضاً في الصورة السابقة ، فمن الغريب الإشكال هنا من جهته مع الجزم بالسقوط في الأُولى فضلاً عن الجزم بعدم السقوط هنا ، ولعلّه لذا جزم من عرفت بالبطلان كالأُولى ، إلّا أنّه قد عرفت الإشكال في ذلك .

ج ٣٧ / ٣٩٩

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٤٢.
(٢) الجامع للشرائع: باب الشفعة ص ٢٧٩.
(٣) الوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٩.
(٤) قواعد الأحكام: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢٥٨.
(٥) مفتاح الكرامة: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٨ ص ٦٩٩.
(٦) إرشاد الأذهان: الشفعة / في الأحكام ج ١ ص ٣٨٧.
(٧) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٦١.
(٨) جامع المقاصد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٦ ص ٤٤٦ ـ ٤٤٧.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الأحكام ج ٩ ص ٤٠.
(١٠) مسالك الأفهام: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٤٤.

وأمّا المتن فالموجود عندنا في نسختين وحكي[١] أيضاً عن ثلاث نسخ مصحّحة محشّاة: ﴿ولو قيل: ليس له الأخذ في الصورتين كان حسناً﴾ بل في الدروس حكاية البطلان عنه أيضاً[٢]، وحينئذٍ يكون من القائلين بالسقوط فيهما.

لكن في المسالك: «أنّ الذي اختاره المصنّف عدم البطلان مطلقاً؛ لأنّ الاستحقاق ثبت بالشراء سابقاً على بيعه فيستصحب؛ لأصالة عدم السقوط، ولقيام السبب المقتضي له وهو الشراء، فيجب أن يحصل المسبّب»[٣].

ولعلّه عثر على نسخة خالية عن لفظ «ليس» ومن هنا جعل الأقوال في المسألة ثلاثة: السقوط مطلقاً، وعدمه كذلك، والتفصيل بين حالي العلم والجهل، وحينئذٍ يكون موافقاً لما ذكرناه من أنّ الأقوى عدم السقوط مطلقاً، مع أنّه لا وحشة من الانفراد مع الحقّ، كما لا أُنس بالكثرة مع الباطل.

وعلى كلّ حال، فلا إشكال في أنّ للمشتري الأوّل الشفعة على الثاني إذا لم يشفع الشفيع بنصيبه بناءً على ثبوت الشفعة له؛ ضرورة كونه حينئذٍ شريكاً قديماً وقد حدث عليه ملك المشتري الثاني، بل وإن شفع في أقوى الوجهين، كما قدّمنا ذلك سابقاً، والله العالم.

ومنه يعلم الوجه في قول المصنّف:

---

(١) كما في مفتاح الكرامة: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٨ ص ٦٩٥.

(٢) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٦٨.

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٤٤.

﴿تفريع على قوله﴾ أي الشيخ ﴿ﷺ﴾ :

﴿لو باع الشريك وشرط الخيار للمشتري ثمّ باع الشفيع نصيبه، قال الشيخ[١]: الشفعة للمشتري الأوّل، فإنّ[٢] الانتقال تحقّق[٣] بالعقد﴾ وحينئذٍ يكون شريكاً قديماً قد حدث عليه ملك المشتري الثاني ، فيأخذ الشفيع منه حيث لا تسقط شفعته ببيع نصيبه أو قلنا بعدم السقوط مطلقاً ، ويأخذ هو من المشتري الثاني .

↑ ج ٣٧ / ٤٠٠

﴿ولو كان الخيار للبائع أو لهما فالشفعة للبائع الأوّل﴾ عند الشيخ ﷺ ﴿بناءً﴾ منه ﴿على أنّ الانتقال لا يحصل إلّا بانقضاء الخيار﴾ فالبائع حينئذٍ هو الشريك .

وعلى ما يحكى عنه في الخلاف ـ من أنّ الخيار إذا كان للمشتري وحده ينتقل الملك عن البائع ولا يثبت للمشتري[٤] ـ يتّجه عدم الشفعة لكلّ منهما ، وإن كان هو في غاية الضعف ، بل قد عرفت أنّ الأصحّ انتقال المبيع إلى المشتري مطلقاً ، فالشفعة حينئذٍ له كذلك على الوجه الذي ذكرناه ، والله العالم .

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿لو باع شقصاً في مرض الموت من وارث﴾ أو غيره ﴿وحابى

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٣.

(٢) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسختي الشرائع والمسالك ـ بدلها: لأنّ.

(٣) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: يتحقّق .

(٤) الخلاف: البيوع / مسألة ٢٩ ج ٣ ص ٢٢.

فيه﴾ بأن باعه بنصف قيمته مثلاً ﴿فإن خرج﴾ت المحاباة ﴿من الثلث صحّ﴾ بلا خلاف[١] ولا إشكال ﴿وكان للشريك[٢] أخذه بالشفعة﴾ بما وقع عليه العقد من الثمن؛ لإطلاق الأدلّة.

﴿وإن لم يخرج﴾ منه بأن لم يكن له ما عداه مثلاً ولم نقل بخروج المنجّز من الأصل كما هو الأصحّ ﴿صحّ﴾ البيع ﴿منه﴾ في﴿ما قابل الثمن وما يحتمله الثلث من المحاباة﴾ لا غيرهما ﴿إن لم تجز الورثة﴾ ويأخذ الشفيع حينئذٍ ذلك بكلّ الثمن.

فلو فرض مثلاً كون قيمة الشقص مائتين، فحابى وباعه بمائة وليس له سواه، صحّ البيع في خمسة أسداسه التي هي النصف والثلث، وبطل في السدس الذي لم يقابله ثمن، فيأخذ الشفيع إن شاء خمسة أسداسه بكلّ الثمن؛ لأنّ الأصل لزوم البيع من الجانبين، خرج منه ما زاد عن الثلث ممّا لا عوض عنه، فيبقى الباقي، ولأنّ ذلك بمنزلة بيع وهبة، فالبيع منه ما قابل الثمن والهبة ما زاد. فتنفذ في الثلث منه وتبطل في الباقي.

↑ ج ٣٧ / ٤٠١

نعم لا يتمّ ذلك في الربوي؛ كما إذا كان جميع تركته كرّاً من طعام قيمته ستّة دنانير، فباعه بكرّ رديء قيمته ثلاثة، فإنّ الحكم بصحّة

---

(١) ينظر المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٤٣، وقواعد الأحكام: الشفعة / في الآخذ ج ٢ ص ٢٤٥، وجامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٧٢، ومسالك الأفهام: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٤٦.

(٢) في نسخة الشرائع بدلها: للشفيع.

ما قابل الثمن منه والثلث والبطلان في السدس يستلزم الربا؛ ضرورة كونه حينئذٍ بيع خمسة أسداس كرّ بكرّ.

ومن هنا روعيت المطابقة بين العوضين في المقدار مع إيصال قدر العوض والثلث إلى المشتري، فيردّ على الورثة ثلث كرّهم وقيمته ديناران، ويردّون عليه ثلث كرّه وقيمته دينار، فيصحّ البيع في ثلثي كلّ واحد منهما بثلثي الآخر.

لكنّ الفاضل في أكثر كتبه(١) والكركي(٢) وثاني الشهيدين(٣) قالوا بمثل ذلك في غير الربوي أيضاً؛ لأنّ فسخ البيع في بعض المبيع يقتضي فسخه في قدره من الثمن، لوجوب مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، فكما لا يجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقاء بعض الثمن قطعاً، فكذا لا يجوز فسخ بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن، وإذا امتنع ذلك وجب الفسخ فيهما؛ لأنّ المانع في الموضعين هو بقاء أحد المتقابلين بدون المقابل الآخر، كما لو اشترى سلعتين فبطل البيع في إحداهما، فإنّ المشتري يأخذ الأُخرى بقسطها من الثمن.

فالمتّجه حينئذٍ في مسألة الدار المزبورة: صحّة البيع في ثلثيها بثلثي المائة، فيأخذ الشفيع ذلك به إن شاء.

---

(١) قواعد الأحكام: (انظره في الهامش قبل السابق)، تذكرة الفقهاء: البيع / تفريق الصفقة ج ١٢ ص ٢٥، إرشاد الأذهان: العطايا / تصرّفات المريض ج ١ ص ٤٦٦.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٧٢.

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٤٦.

إلّا أنّه لمّا كانت المسألة دوريّة ـ لأنّه لا يعرف قدر ما يصحّ فيه البيع إلّا بعد أن يعرف مقدار التركة لتخرج المحاباة من ثلثها، ولا يعرف مقدار التركة إلّا إذا عرف قدر الثمن؛ لأنّه محسوب منها، لانتقاله إلى ملك المريض بالبيع ـ كان لمعرفة ذلك طريقان:

ج ٣٧ / ٤٠٢

أحدهما: إسقاط الثمن من قيمة المبيع ونسبة الثلث إلى الباقي، فيصحّ البيع بقدر تلك النسبة، ففي المثال تسقط المائة ـ التي هي الثمن ـ من قيمة المبيع ـ وهو المائتان ـ فيبقى مائة، وينسب ثلث التركة ـ وهو ستّة وستّون وثلثان ـ إلى الباقي بعد الإسقاط وهو المائة، فيكون ثلثين، فيصحّ البيع في ثلثين بثلثي الثمن.

والثاني: طريق الجبر والمقابلة، كما تقدّم ذلك كلّه في كتاب الوصايا[1]، فلاحظ وتأمّل.

هذا كلّه على المختار من كون المنجّزات من الثلث ﴿و﴾ إلّا فقد ﴿قيل﴾ هنا: ﴿يمضي﴾ البيع ﴿في الجميع﴾ بالثمن ﴿من الأصل، ويأخذه الشفيع﴾ حينئذٍ بذلك ﴿بناءً على أنّ منجّزات المريض ماضية من الأصل﴾ لكن قد بيّنّا فساده في محلّه[2]، فلاحظ وتأمّل.

ثمّ لا يخفى أنّه لا فائدة في تخصيص المصنّف الحكم بالوارث إلّا ما قيل[3]: من التنبيه بذلك على خلاف العامّة[4] في المحاباة معه؛ فإنّ

---

(١) في ج ٢٩ ص ٩٧٣.

(٢) في ج ٢٧ ص ١٢٣ ...

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٤٧.

(٤) روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٥٧ ـ ٢٥٨، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٧٤.

منهم من حكم بصحّة البيع ومنع الشفعة، ومنهم من منعهما، ومنهم من أثبتهما، لكن كان الأولى أن يقول: «وارث أو غيره» لا الاقتصار عليه خاصّة، والأمر سهل.

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿إذا صالح﴾ المشتري مثلاً ﴿الشفيع على ترك الشفعة صحّ وبطلت الشفعة﴾ كما صرّح به الشيخ[١] والحلّي[٢] والفاضل[٣] والشهيدان[٤] والكركي[٥] وغيرهم[٦]، بل لا أجد فيه خلافاً وإن أشعر به ما في المفاتيح من نسبته إلى القيل[٧]، بل عن ظاهر المبسوط[٨] والتذكرة[٩]: الإجماع عليه؛ حيث قيل فيهما: «عندنا».

↑ ج ٣٧ / ٤٠٣

(١) الخلاف: الشفعة / مسألة ٤١ ج ٣ ص ٤٥٥، المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٤٥.

(٢) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٧.

(٣) قواعد الأحكام: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢٥٨، تذكرة الفقهاء: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٢ ص ٣٣٠.

(٤) الشهيد الأوّل في الدروس: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٦٩، والشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٤٨.

(٥) جامع المقاصد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٦ ص ٤٤٤.

(٦) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الشفعة / في الأحكام ج ٩ ص ٤٠، والسبزواري في الكفاية: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٤٩.

(٧) ذكر أُموراً عديدة ثمّ قال: «كذا قيل» انظر مفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٣٣ ج ٣ ص ٨٢.

(٨) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٤٥.

(٩) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٢ ص ٣٣٠.

﴿لأنّه حقّ مالي﴾ كالخيار ﴿فينفذ فيه الصلح﴾ الذي أدلّته عامّة له ولغيره من إسقاط حقّ الزوجة وغيره على وجهٍ يكون الصلح هو المسقط، فلا يحتاج بعدُ إلى إنشاء مسقط نحو الصلح القائم مقام الإبراء.

ودعوى: الشكّ في مشروعيّة الصلح على الوجه المزبور، يدفعها: ظهور اتّفاق الأصحاب على مشروعيّته على الوجه المذكور الذي هو عندهم كالصلح النقلي المملّك.

ولا يلزم من ذلك مشروعيّته على وجهٍ يفيد فائدة الطلاق أو النكاح أو التحرير أو الوقف أو غير ذلك من العقود بعد ظهور الاتّفاق على خلافه.

وعموم جوازه بين المسلمين[1] لو سلّم اقتضاؤه ذلك لا يجدي بعد ما عرفت الذي هو العمدة في ذلك لا اعتبار الألفاظ المخصوصة فيها، خصوصاً مثل الطلاق الذي ورد فيه: «... إنّما الطلاق أن يقول: ... أنت طالق...»[2]؛ إذ هو ـ مع أنّه لا يتمّ في غير الطلاق ممّا لم يرد فيه الحصر المزبور ـ لا ينافي المشروعيّة بالصلح بعد تسليمها؛ ضرورة كونه صلحاً مفيداً فائدة الطلاق أو الوقف أو التحرير، لا أنّه طلاق ووقف وتحرير،

---

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٣ من كتاب الصلح ج ١٨ ص ٤٤٣.

(٢) الكافي: الطلاق / باب ما يجب أن يقول من أراد أن يطلّق ح ١ ج ٦ ص ٦٩، وسائل الشيعة: باب ١٦ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ٣ ج ٢٢ ص ٤١.

فهو عقد مستقلّ برأسه مفيد فائدة غيره، لا أنّه فرع على غيره كما قاله الشيخ[١]، وقد عرفت ضعفه في محلّه[٢]. فالعمدة في المنع حينئذٍ ما عرفت.

وعلى كلّ حال، فما في المتن وغيره من كتب الأصحاب[٣] من الصلح المذكور في المقام يراد منه المعنى المزبور، وهو الذي يكون مقتضاه السقوط من غير حاجة إلى مسقط بعد ذلك.

↑ ج ٣٧ / ٤٠٤

ويمكن تصوّر وجهين آخرين للصلح، أحدهما: وقوعه على أن يوجد المسقط كغيره من الأعمال، وثانيهما: إيقاعه على أن لا يأخذ بالشفعة وإن كانت هي حقّاً له، ولعلّ عموم الصلح مع عدم ظهور اتّفاق على العدم يقتضي الجواز.

إلّا أنّ الأوّل مع فرض عدم وفائه بما عليه من إنشاء المسقط ـ الذي يفرض توقّف السقوط عليه ـ لا يحصل به السقوط حينئذٍ. لكن لو فعل المصالح ضدّ ما صولح عليه ـ بأن أنشأ ما يقتضي الأخذ بالحقّ ـ يترتّب على ذلك أثره وإن أثم بعدم الوفاء بالأوّل، أو لا أثر له بعد أن ملك عليه غيره بعقد الصلح؟ وجهان أقواهما الثاني.

وربّما يؤيّده: ما ذكروه في اشتراط عدم العزل في الوكالة، وفي

---

(١) المبسوط: كتاب الصلح ج ٢ ص ٢٨٨.

(٢) في ج ٢٧ ص ٤٢٤...

(٣) تقدّمت المصادر آنفاً.

اشتراط تحرير العبد فباعه مثلاً أو بالعكس، بل وما ذكروه أيضاً في منذور الصدقة مثلاً... وغير ذلك.

وأمّا الثاني فلا يبعد أنّه على النحو المزبور أيضاً، فلا يؤثّر بعد إنشاء الشفعة المستحقّ عليه تركها نحو استحقاق عدم العزل عن الوكالة على الموكّل مثلاً بالاشتراط في عقد لازم.

ومنه يعلم: صحّة شرط ترك الأخذ به فيه أيضاً، فلا يؤثّر إنشاؤها بعد ذلك، وليس ذلك من مخالفة الكتاب والسنّة؛ فإنّ المراد عدم الأخذ بما يستحقّه، لا إبطال أصل الاستحقاق.

كما أنّه لا ينافي ذلك: عدم صحّة انتقالها من ذي الحقّ إلى غيره لو صالح عنها أجنبي على وجهٍ يراد إثبات الشفعة له، وإن كان قد يحتمل لعموم أدلّة الصلح، فهو حينئذٍ وإن لم يكن ممّن حصل له سبب الاستحقاق بالأصالة، لكنّه بالصلح استحقّه من ذي الحقّ الذي هو مسلّط عليه كتسلّطه على ماله، ولذا ينتقل إلى الزوجة حقّ ضرّتها من القسم، وينتقل إلى الأجنبي حقّ الحجر.

↑ ج ٣٧ / ٤٠٥

بل قد يحتمل ذلك في الخيار أيضاً بناءً على أنّ الفسخ به هو المملّك للعين ـ نحو ما قيل في الرجوع بالطلاق ـ لا أنّه معيد للسبب الأوّل، فحينئذٍ ينقل الخيار بالصلح، ويملك المصالح بالفسخ العين ذات الخيار.

ولكن يدفع ذلك كلّه: ـ مضافاً إلى إمكان دعوى الإجماع على

خلافه ـ عدم دليل يقتضي تسلّط ذي الحقّ على حقّه بحيث ينقله إلى غيره، وخصوصيّات الموارد لا تفيد العموم. وعمومات الصلح والشرط لا تقتضي ذلك، خصوصاً بعد ملاحظة اتّفاق الأصحاب ظاهراً، لا أقلّ من الشكّ، فتبقى حينئذٍ على مقتضى أصالة عدم الانتقال.

وعلى كلّ حال، فلا يشكل أصل الحكم هنا بأنّه إذا شرع في عقد الصلح كان ذلك منافياً للفوريّة، فتبطل ويبطل الصلح حينئذٍ؛ لإمكان منع منافاة مثل ذلك للفوريّة، ولإمكان وقوع الصلح مع الوكيل الذي لا يقدح التراخي منه في حقّ الموكّل، وإمكان صلح الشفيع قبل العلم بثمن المبيع أو في حال معذوريّته عن الفور بعذر من الأعذار السابقة، فيصحّ الصلح حينئذٍ على حسب ما عرفت، وإن كان عوض الصلح بعض الشقص؛ إذ ليس هو من تبعيض الشفعة الممنوع كما هو واضح، والله العالم.

المسألة ﴿السابعة﴾

↑ ج ٣٧ / ٤٠٦

﴿إذا تبايعا شقصاً فضمن الشفيع الدرك عن البائع أو﴾ عهدة الثمن ﴿عن المشتري﴾ في نفس العقد ﴿أو شرط المتبايعان﴾ أو أحدهما ﴿الخيار للشفيع لم تسقط[1] بذلك الشفعة﴾ مع فرض عدم منافاة الفوريّة بناءً على اعتبارها، كما عن الشيخ[2] وغيره[3] التصريح

---

(١) في نسخة الشرائع: لم يسقط.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٥، الخلاف: الشفعة / مسألة ٢٥ ج ٣ ص ٤٤٧.

(٣) كالشهيد في الدروس: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٦٩، وابن إدريس على ما نقله العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٢.

به؛ لعدم دلالة شيء من ذلك مع عدم قرائن على الإسقاط؛ إذ يمكن أن يكون ذلك منه لإرادة إيجاد السبب الذي يستحقّ به الشفعة.

فما عن التحرير[١] والإرشاد[٢]: من الإشكال في الأوّل ـ بل في المختلف: «أنّ الأقوى البطلان فيهما؛ لأنّه دالّ على الرضا بالبيع»[٣] ـ واضح المنع.

بل لو اختار اللزوم قبل أن يشفع ولم نقل باعتباره فيها ـ كما هو الظاهر؛ لإطلاق الأدلّة الشامل للبيع المتزلزل ـ لم تسقط شفعته، كما هو مقتضى إطلاق المحكي عن الخلاف[٤] والمبسوط[٥] وصريح غيره[٦]؛ للأصل وغيره.

فما عن الإيضاح من القول به «لأنّ إجازة البيع بعده إسقاط للشفعة بإجماع القائلين بهذا القول»[٧].

لا يخفى عليك ما فيه بعد فرض عدم المنافاة للفوريّة، خصوصاً مع القول بعدم سقوطها بالمباركة التي هي أولى من ذلك، فما ذكره رحمه الله لا حاصل له.

---

(١) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٩١.
(٢) إرشاد الأذهان: الشفعة / في الأحكام ج ١ ص ٣٨٧.
(٣) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٢.
(٤) الخلاف: الشفعة / مسألة ٢٥ ج ٣ ص ٤٤٧.
(٥) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٥.
(٦) كالشهيد في الدروس: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٧٠.
(٧) إيضاح الفوائد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢١٩.

كما أنّ ما فيه أيضاً من أنّه «بقي علينا أنّ الشفعة هل هي مترتّبة على اللزوم أو على العقد؟ يحتمل الأوّل، من حيث إنّها معلولة للبيع، فيتوقّف لزومها على لزومه، ومن حيث وقوع البيع، ومجرّده موجب للشفعة؛ لعموم النصّ. والتحقيق: أنّ إمضاء البيع هل هو شرط السبب أو الحكم؟»[1].

لا حاصل له أيضاً، بل فيه ما فيه وإن أطنب بعض مشايخنا في تفسيره[2]، لكن لا حاصل له أيضاً بعد معلوميّة كون السبب مطلق البيع الموجب للانتقال إلى المشتري كما عرفته نصّاً وفتوى عند تحرير كلام الشيخ في شرطيّة الخيار في البيع.

نعم، قد عرفت أنّه مع فرض كون الخيار للبائع ـ مثلاً ـ له فسخها بفسخ البيع، فلزومه حينئذٍ شرط للزومها لا لثبوتها.

↑ ج ٣٧ / ٤٠٧

ومن الغريب تسميته له تحقيقاً، وهو ـ مع أنّه ليس بشيء ـ لم يذكر فيه ترجيحاً، وأغرب منه كلامه الأوّل، والله العالم والهادي.

﴿وكذا﴾ لا تسقط الشفعة ﴿لو كان﴾ الشفيع ﴿وكيلاً لأحدهما﴾ كما صرّح به غير واحد[3]، بل في موضع من جامع المقاصد: «للوكيل في الشراء والبيع أن يأخذ الشفعة قولاً واحداً»[4]، وإن حكى هو في

---

(١) المصدر السابق.

(٢) مفتاح الكرامة: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٨ ص ٦٨٣.

(٣) كالشيخ في الخلاف: الشفعة / مسألة ٢٧ ج ٣ ص ٤٤٨، وابن إدريس في السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٤.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة / في الآخذ ج ٦ ص ٣٦٦.

موضع آخر عن المختلف السقوط؛ لحصول الرضا بالبيع وهو مسقط[١].

وعلى كلّ حال، فالتحقيق عدم السقوط ﴿و﴾ إن قال المصنّف: ﴿فيه تردّد﴾ كالمحكي عن التذكرة[٢] ﴿لما فيه من أمارة الرضا بالبيع﴾ بل قد سمعت اختياره في المختلف، بل هو المحكي عن المبسوط[٣] أيضاً.

لكنّه في غير محلّه؛ ضرورة عدم كون مطلق الرضا بالبيع مسقطاً لها؛ فإنّ البيع هو السبب في ثبوت الشفعة، ولا ريب في أنّ من يتوقّعها راضٍ به، بل لو حاول عدم الرضا لم يكن مقدوراً له، وإنّما المسقط رضاه بالبيع ليبقى ملكاً للمشتري، وهذا غير لازم للوكيل كما هو واضح.

كوضوح فساد التعليل[٤] بالتهمة التي يمكن فرض عدمها، ولا يتمّ في الوكيل على مجرّد إجراء الصيغة، والله العالم.

المسألة ﴿الثامنة﴾

﴿إذا أخذ﴾ الشفيع ﴿بالشفعة فوجد فيه عيباً سابقاً على البيع؛ فإن كان الشفيع والمشتري عالمين﴾ بذلك ﴿فلا خيار لأحدهما﴾ بلا خلاف[٥] ولا إشكال.

↑ ج ٣٧ / ٤٠٨

---

(١) جامع المقاصد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٦ ص ٤٤١.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢٣٦.

(٣) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٤٢.

(٤) كما في المبسوط: (المصدر السابق).

(٥) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٥، والمهذّب: كتاب الشفعة ←

﴿و﴾ كذا لا خلاف[١] ﴿إن كانا جاهلين﴾ واتّفقا على ردّه أو على أخذه مع الأرش أو بدونه، لكن كان الثمن للشفيع ما بعد الأرش.

وتوهّم إشكال الردّ للشفيع: بأنّ الشفعة ليست بيعاً؛ كي يستحقّ الردّ بالعيب فيها.

يدفعه: عموم دليل الردّ في المعيب من غير فرق بين البيع وغيره، وهو قاعدة الضرر المنجبرة بفتوى الأصحاب هنا. نعم، الظاهر عدم أرش له لا على البائع الذي لم يأخذ منه، ولا على المشتري لو تصرّف فيه بما يمنع من ردّه إذا لم يكن المشتري قد أخذه من البائع؛ للأصل وكونه يأخذ من المشتري بالثمن.

بل قد يشكل رجوعه به على المشتري ـ لو أخذه هو ـ إن لم يكن إجماعاً بأنّه استحقاق حصل للمشتري على البائع خارج عن الثمن، ولذا صحّ له عفوه عنه، ولو أنّه جزء من الثمن ينفسخ البيع فيه قهراً ـ لفوات ما قابله من وصف الصحّة في المبيع نحو تبعّض الصفقة ـ لم يصحّ له العفو؛ لاستحقاق الشفيع حينئذٍ ما قابله من الثمن الذي دفعه إلى المشتري.

على أنّ احتمال ذلك منافٍ لما هو المعلوم من عدم مقابلة الثمن

← ج ١ ص ٤٥٦، وقواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٦، وجامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٣٥.

(١) يظهر ذلك من مسالك الأفهام: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٥٠.
وانظر المبسوط والقواعد وجامع المقاصد (ص ٤٣٦) في الهامش السابق.

شرعاً لوصف الصحّة، وعدم استحقاق المشتري عليه عين ما دفعه إليه ... ولغير ذلك ممّا لا يخفى.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ ما دلّ على استحقاق الشفعة بالثمن ظاهر في غير الفرض، بل قد يعدّ عرفاً أنّ الثمن ما بعد الأرش، ولعلّ ذلك ونحوه منشأ الاتّفاق المزبور، والله العالم.

وعلى كلّ حال ﴿فإن ردّه الشفيع كان المشتري بالخيار في الردّ والأرش﴾ لأنّه لم يحدث فيه حدثاً وإن انتقل عن ملكه ثمّ عاد إليه إلّا أنّه ليس تصرّفاً له. واحتمال: أنّ مطلق الانتقال عنه مسقط لاستحقاق ردّه ﴿و﴾ إن عاد إليه، لا دليل عليه. (ج ٣٧ / ٤٠٩)

نعم ﴿إن اختار﴾ الشفيع ﴿الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ؛ لخروج الشقص عن يده﴾ والأصل فيه اللزوم، فلا تسلّط له على فسخ الملك الحاصل للشفيع بالشفعة، هذا.

ومن ذلك يظهر ما أطنب به في المسالك من سوء تأدية الحكم المزبور، قال: «فإن اختلفت إرادتهما ـ أي الشفيع والمشتري ـ فأراد الشفيع ردّه دون المشتري فلا منافاة، فيرجع إلى المشتري ويتخيّر بين أخذ أرشه وعدمه».

«وإن انعكس ـ فأراد الشفيع أخذه والمشتري ردّه ـ قدّمت إرادة الشفيع؛ لثبوت حقّه وسبقه، فإنّه يثبت بالبيع، وسيأتي ما في هذا التعليل، ولأنّ غرض المشتري استدراك الظلامة وتحصيل الثمن،

وهو حاصل بأخذ الشفيع، ولأنّا لو قدّمنا المشتري بطل حقّ الشفيع رأساً، وإن قدّمنا الشفيع حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته، فيكون جامعاً بين الحقّين، ويحتمل تقديم المشتري؛ لأنّ الشفيع إنّما يأخذ[1] إذا استقرّ العقد، كما تقدّم في البيع المشتمل على الخيار، وقد تقدّم ضعف المبنيّ عليه»[2].

إذ هو كما ترى، بل لعلّه ألصق بتعارض الإرادتين قبل أخذ الشفيع الشفعة، الذي قد عرفت الحال فيه سابقاً وأنّ للمشتري الفسخ، ولكن إذا فسخ كان للشفيع فسخ فسخه والأخذ بالشفعة من المشتري؛ للإجماع إن كان، أو لسبق حقّه بناءً على أنّ استحقاق المشتري الردّ حين العلم لا بالبيع، بخلاف الشفيع الثابت حقّه بتمام العقد. بل لو قلنا بثبوته بالبيع أيضاً ـ سابقاً على حقّ الشفعة أو مقارناً ـ أمكن ترجيح حقّ الشفيع بما ذكر مؤيّداً بشهرة الأصحاب أو إجماعهم، وإن كان للمشتري فائدة بالتقديم أيضاً، وهي السلامة من الدرك.

وعلى كلّ حال، فعلى ما عرفت في مفروض المسألة من بقاء الشقص في يد الشفيع، وعدم تسلّط المشتري على أخذه منه ليردّه على البائع، هل له المطالبة بالأرش؟

↑ ج ٣٧ / ٤١٠

﴿قال الشيخ[3]﴾ في محكيّ المبسوط فيما لو كان الشفيع عالماً

---

(١) تحتمل المعتمدة: يأخذه.

(٢) مسالك الأفهام: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٥٠ ـ ٣٥١.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: رحمه الله.

بالعيب ﴿و﴾ المشتري جاهلاً: ﴿ليس للمشتري المطالبة بالأرش﴾ قولاً واحداً[١]، ونحوه يأتي في المقام. ولعلّه لأنّه قد استدرك ظلامته برجوع جميع الثمن إليه من الشفيع، فلم يفت منه شيء فيطالب به، ولأنّه كالنائب عن الشفيع بالشراء فلا يستحقّ الرجوع.

﴿و﴾ لكن ﴿لو قيل: له الأرش كان حسناً﴾ بل هو خيرة الفاضل في محكيّ التذكرة[٢] والشهيدين[٣] والكركي[٤]، وهو الأصحّ؛ لإطلاق دليله، وعود كمال الثمن إليه لا ينافي ذلك كما لو باعه بأضعاف ثمنه، كما أنّه لا ينافيه استحقاق الشفيع لما يقابله من الثمن، فلا فائدة له في أخذه؛ إذ لا يجب عليه قبول العوض عنه من الشفيع بعد أن كانت معاملة مع البائع مستقلّة لا مدخليّة لها فيما وقع بينه وبين الشفيع، فهو في الحقيقة لم يستدرك ظلامته ممّن ظلمه كما هو واضح، وإجماع الشيخ المزبور لم نتحقّقه، بل لعلّ المظنون خلافه.

ومن الغريب ما قيل من «أنّ الشيخ بنى ذلك على أنّه لو كان للمشتري الأرش لكان الثمن للشفيع مجهولاً، فيبطل أخذه، وتأخيره إلى معرفة الأرش ـ المتوقّفة على تقويم أهل الخبرة، المحتاج

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢٢٠.

(٣) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٣ ج ٣ ص ٣٧٢، مسالك الأفهام: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٥١.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٣٦.

إلى زمان ـ ينافي الفوريّة»[١]؛ إذ هو ـ كما ترى ـ لا ينبغي أن يسطر، والله العالم.

﴿وكذا﴾ الحكم ﴿لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري﴾ ضرورة أنّه لا ردّ للشفيع لعلمه، ولا للمشتري لخروج الشقص من يده، وفي استحقاقه الأرش ما عرفت من أنّ الأصحّ له ذلك، فيسقط حينئذٍ عن الشفيع بقدره، ولا يقدح فيه علمه بالحال؛ لما عرفت من أنّه يأخذ بالثمن وهو ما بعد الأرش عرفاً.

ج ٣٧ / ٤١١

﴿ولو علم المشتري دون الشفيع كان للشفيع الردّ﴾ لجهله، ولا أرش للمشتري لعلمه.

نعم، لو علم الشفيع أنّ المشتري اشتراه بالبراءة من كلّ عيب، ففي القواعد: «هو كالمشتري، وإلّا فله الردّ»[٢].

وفيه: أنّه يمكن القول بأنّ له الردّ وإن علم بالشرط المزبور؛ لعموم دليل الردّ، والشرط إنّما هو على المشتري.

وربّما احتمل[٣] في عبارة القواعد المزبورة أنّ له الردّ وإن لم يظهر عيب؛ لأنّ الشرط المذكور في حكم العيب. إلّا أنّه كما ترى، والله العالم.

---

(١) مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٦٦٤.

(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٦ ـ ٢٥٧.

(٣) كما في جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٣٧.

المسألة ﴿التاسعة﴾

﴿إذا باع﴾ الشريك ﴿الشقص بعوض معيّن لا مثل له كالعبد؛ فإن قلنا: لا شفعة﴾ في مثل ذلك ﴿فلا بحث، وإن أوجبنا الشفعة بالقيمة فأخذه الشفيع﴾ بها ﴿و﴾ ملكه ثمّ ﴿ظهر﴾ للبائع ﴿في الثمن عيب كان للبائع ردّه﴾ على وجه الفسخ ﴿والمطالبة بقيمة الشقص﴾ وقت الفسخ ﴿إذا لم يحدث عنده﴾ أي البائع في العبد ﴿ما يمنع﴾ من ﴿الردّ، ولا﴾ تسلّط له على أن ﴿يرتجع الشقص﴾ من الشفيع ﴿لأنّ الفسخ المتعقّب للبيع الصحيح لا يبطل الشفعة﴾ للأصل بعد حصول المقتضي لثبوت الشفعة وهو البيع، مؤيّداً[1]: بأنّ فيه جمعاً بين الحقّين؛ لأنّ رجوع البائع في العين يقتضي سقوط حقّ الشفيع، بخلاف ما إذا أخذ القيمة.

بلا خلاف أجده فيه، وإن قال في المسالك هنا: «وقيل: يقدّم حقّ البائع؛ لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد، والشفعة تثبت بعدُ، فيكون العيب أسبق، ولأنّ الشفيع منزّل منزلة المشتري، فردّ البائع يتضمّن نقض ملكه، كما يتضمّن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه»[2].

↑ ج ٣٧ / ٤١٢

إلّا أنّي لم أتحقّقه، بل ظاهر كلامهم فيما تقدّم ـ من غير خلاف

(١) كما في مسالك الأفهام: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٥٢.

(٢) المصدر السابق: ص ٣٥٣.

يعرف فيه بينهم ـ أنّ للشفيع فسخ الردّ بالعيب لو حصل قبل الأخذ بالشفعة، وليس ذلك إلّا لتقدّم حقّ الشفيع عليه.

ومن هنا ضعّفه في المسالك بعد أن حكاه بـ«أنّ مجرّد وجود العيب حالة العقد غير كافٍ في سببيّة الفسخ، بل هو مع العقد الناقل للملك، كما أنّ الشركة أيضاً غير كافية في سببيّة الشفعة، بل هي مع العقد، فهما متساويان من هذا الوجه، ويبقى مع الشفعة المرجّح الذي ذكرناه»[1] أي الجمع بين الحقّين.

ولكن فيه: أنّ ذلك بمجرّده لا يصلح مرجّحاً، خصوصاً بعد حكمهم من غير خلاف يعرف فيه بينهم أنّه لو كان الخيار للبائع مشروطاً وشفع الشفيع كان للبائع فسخ البيع والشفعة، ولا نجد فرقاً بين الخيار الحاصل بالعيب والشرط؛ إذ هما معاً مقارنان للعقد، فمع فرض كون الخيار بالشرط سابقاً على حقّ الشفعة ـ الحاصل بعد تمام العقد الذي فيه الشرط ـ فكذلك الحاصل بالعيب.

وبعد التسليم فلا أقلّ من المقارنة المقتضية لتساويهما في الحقّ، فكلّ من سبق كان له ذلك، كما عساه يظهر من المسالك أنّه أحد الأقوال في المسألة.

قال بعد ما سمعت: «وربّما فرّق بعضهم بين ردّ البائع قبل أخذ الشفيع وبعده، فقدّم البائع في الأوّل والشفيع في الثاني؛ لتساويهما في

---

(١) المصدر السابق.

ثبوت الحقّ بالبيع ، فيقدّم السابق في الأخذ»[١].

ولا ريب في أنّه متّجه ـ إن لم نقل بتقديم البائع مطلقاً ، كما لو شرط الخيار له ـ لولا اتّفاق الأصحاب ظاهراً على تقديم الشفيع مطلقاً ، بل لم أتحقّق حكاية الخلاف المزبور من غيره .

ج ٣٧ / ٤١٣

ويمكن أن يكون منشأ الاتّفاق المزبور : أنّ خيار العيب لا يثبت إلّا بعد العلم بالعيب ، ولا يكفي فيه وجود العيب حال العقد مع الجهل به ، فيقدّم حقّ الشفعة حينئذٍ عليه؛ ضرورة مقارنته لتمام العقد .

لكنّ الإنصاف عدم خلوّ دعوى مدخليّة العلم في ثبوت الخيار بالعيب من نظر أو منع ، كما ذكرنا ذلك في محلّه .

كما أنّ الإنصاف عدم حصول إجماع في المسألة ، بل في التحرير تقديم حقّ البائع قبل أخذ الشفيع ، قال : «ولو كان الثمن غير مثلي فوجد البائع به عيباً فردّه قبل أخذ الشفيع ، احتمل : تقديم حقّه؛ لأنّ في أخذ الشفعة إبطال حقّ البائع من الشقص ، والشفعة تثبت لإزالة الضرر فلا تزال بالضرر ، وتقديم حقّ الشفيع لسبق حقّه ، والأقرب الأوّل؛ لأنّ حقّ البائع أسبق ، لاستناده إلى وجود العيب وهو متحقّق حال البيع ، والشفعة تثبت بالبيع»[٢].

بل مقتضى جزمه بأسبقيّة حقّه ترتّب أحكام أُخر كثيرة عليه في

---

(١) المصدر السابق.

(٢) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨١.

غير المقام، إلّا أنّه هو وغيره لم يوافقوا عليها، بل لم أجد ما ذكره في المقام لغيره.

ثمّ لا يتوهّم أنّ ذلك من تبعّض الفسخ؛ باعتبار أنّ ردّه العبد يقتضي فسخ البيع الذي تفرّعت عليه الشفعة، ضرورة أنّه فسخ من حينه، والشفعة حال حصولها قد كانت من المشتري ظاهراً وواقعاً، نعم قد يأتي ذلك إذا كان الردّ قبل الأخذ بالشفعة، كما ستعرف الكلام فيه إن شاء الله.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو عاد الشقص إلى المشتري بملك مستأنف كالهبة أو الميراث، لم يملك﴾ المشتري ﴿ردّه على البائع﴾ ليخلص عن دفع القيمة إذا لم يرض بذلك ﴿و﴾ أصرّ على إرادة قيمة الشقص حتّى لو كان ردّ البائع الثمن متعقّباً لملك المشتري الشقص، كما أنّه ﴿لو طلبه البائع لم يجب على المشتري إجابته﴾.

↑ ج ٣٧ / ٤١٤

بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بين من تعرّض له، كالشيخ[1] والفاضلين[2] والشهيدين[3] والكركي[4]، بل ولا إشكال؛ لانقطاع

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٣٢.

(٢) الماتن هنا، والعلّامة في القواعد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٥، والتذكرة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٢ ص ٢٧٨ ـ ٢٧٩، والتحرير: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٢.

(٣) الشهيد الأوّل في الدروس: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٦٨، والشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٥٤.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٣١.

المعاملة الواقعة بينهما بالخروج عن الملك ، ولا يعيدها عوده إليه بسبب آخر ، فالفسخ الحاصل من البائع لا يوجب من أوّل الأمر غير القيمة؛ لكون المفروض خروج العين ـ المنتقلة إليه بالعقد المزبور ـ عن ملكه ، وفسخه إنّما يوجب ردّ العين من حيث انتقالها به ، لا مع انتقالها بسبب آخر غيره لا تسلُّطَ لأحدهما على فسخه .

وحينئذٍ فلا يستحقّ بالفسخ المزبور إلّا القيمة ، كما لا يستحقّ على المشتري غيرها أيضاً ، فليس لأحدهما على الآخر اقتراح ردّ العين التي خرجت عن مقتضى المعاملة المفسوخة .

نعم ، لو عاد إليه بفسخ للمعاملة الجديدة ـ ولم نقل : إنّ الفسخ مملّك ، بل هو مقتضٍ لعود الملك بالسبب الأوّل الذي قد فرض فسخه ـ أمكن حينئذٍ ملك المشتري ردّها عليه وملك البائع المطالبة بها؛ ضرورة كون ملكها حينئذٍ بالسبب الأوّل الذي قد فرض انفساخه .

بل لعلّه كذلك لو فرض أخذ البائع القيمة ، ثمّ عادت العين للمشتري بفسخٍ للمعاملة التي كانت السبب في خروجها ، أمكن القول بأنّ للمشتري حينئذٍ إعادتها عليه وأخذ القيمة منه ، كما أنّه يمكن للبائع مطالبته بها وردّ القيمة إليه؛ لانكشاف رجوع العين إلى ملك البائع بالفسخ المزبور الذي يعاد معه الملك إلى مقتضى السبب السابق الذي قد فرض فسخ البائع له ، وأنّ به يستحقّ على المشتري العين التي هي على ملكه بالسبب الحاصل ، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق جدّاً ، والله العالم .

ج ٢٧ / ٤١٥

ثمّ إنّه حيث تعتبر القيمة ﴿و﴾ دفعها المشتري أو لم يدفعها ﴿لو كانت قيمة الشقص والحال هذه أقلّ من قيمة العبد﴾ مثلاً، فـ﴿هل يرجع الشفيع بالتفاوت؟﴾.

﴿فيه تردّد، والأشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده أنّه ﴿لا﴾ يرجع، وفاقاً للفاضل[1] والكركي[2] وثاني الشهيدين[3] ﴿لأنّه﴾ إنّما يأخذ بـ﴿الثمن﴾ والفرض أنّ ﴿الذي اقتضاه العقد﴾ حال الأخذ بالشفعة ذلك، وليست قيمة الشقص التي أخذها البائع من الثمن في شيء، وإنّما هو شيء استحقّه البائع على المشتري بالفسخ حال انتقال العين عن ملكه الحاصل بالسبب المزبور، فلا حقّ للشفيع فيه.

كما لا حقّ للمشتري على الشفيع لو فرض زيادة قيمة الشقص التي دفعها للبائع على قيمة العبد؛ ضرورة أنّه لا يستحقّ عليه إلّا قيمة الثمن الذي وقع عليه العقد، وما غرمه بالفسخ المزبور لا مدخليّة له في الثمن، كما هو واضح.

وحينئذٍ فدعوى[4]: أنّ الثمن الذي استقرّ على المشتري قيمة الشقص ـ والشفيع إنّما يأخذ بالثمن الذي استقرّ، نحو ما سمعته في الأرش ـ واضحة الفساد، كوضوح الفرق بين المقام والأرش الذي قد

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٥.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٣١.

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٥٤.

(٤) وردت هذه الدعوى والتي بعدها ـ كوجهين للرجوع وعدمه ـ في المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٣٢.

عرفت تحقيق الحال فيه ، فتأمّل جيّداً .

وكذا دعوى[١]: بطلان العقد فلم يعتبر ما وقع عليه ، بل المعتبر ما استقرّ وجوبه على المشتري وهو القيمة؛ ضرورة أنّ الفسخ لم يبطل العقد من أصله ، بل كان صحيحاً إلى حين الفسخ ، فلا يزول مقتضاه بالفسخ الطارئ .

فالمتّجه حينئذٍ عدم الرجوع من كلّ منهما ، خلافاً للمحكي[٢] عن الشيخ من الرجوع فيهما ، وإن كنّا لم نتحقّقه؛ إذ المحكي من عبارته يقتضي التردّد من غير ترجيح[٣]. وعلى كلّ حال فلا ريب في ضعفه لما عرفت ، والله العالم .

ج ٣٧ / ٤١٦

هذا كلّه لو كان الفسخ من البائع بعد أخذ الشفيع .

﴿و﴾ أمّا ﴿لو كان الشقص في يد المشتري﴾ لم يأخذه الشفيع ﴿فردّ البائع الثمن بالعيب لم يملك منع الشفيع؛ لأنّ حقّه أسبق﴾ بناءً على ما عرفت من اعتبار العلم في استحقاق خيار العيب ، فيفسخ الفسخ الحاصل من ردّ البائع ، ويعيد المبيع إلى ملك المشتري على مقتضى العقد الأوّل ﴿ويأخذه[٤]﴾ منه ﴿بقيمة[٥] الثمن﴾ سليماً ﴿لأنّه الذي اقتضاه العقد﴾ الأوّل ﴿وللبائع﴾ على المشتري ﴿قيمة الشقص

---

(١) الهامش السابق.

(٢) وقعت الحكاية في إيضاح الفوائد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢١٦، وجامع المقاصد ومسالك الأفهام: (تقدّم مصدرهما قريباً).

(٣) انظر قبل ثلاثة هوامش.

(٤ و ٥) في نسخة الشرائع: ويأخذ... بقيمته.

وإن زادت عن قيمة الثمن﴾ لأنّه مقتضى فسخه بردّ الثمن ، ولا يرجع بها على الشفيع كما عرفت الحال فيه .

ولعلّ هذا ونحوه من تبعيض آثار الفسخ لا تبعيض الفسخ الذي سمعته في فسخ الشفيع الإقالة ، أو نلتزمه فيها كما سمعت احتماله من الشهيد بناءً على أنّه كالمقام .

هذا كلّه مع ردّ البائع الثمن .

﴿و﴾ أمّا ﴿لو حدث عند البائع﴾ فيه ﴿ما يمنع﴾ من ﴿ردّ الثمن﴾ كعيب أو تصرّف ﴿رجع بالأرش على المشتري﴾ لأنّه المتعيّن له حينئذٍ على نحو ما سمعته في المبيع ﴿ولا يرجع﴾ المشتري ﴿على الشفيع بالأرش إن كان﴾ قد ﴿أخذه بقيمة العوض الصحيح﴾ لعدم ظلامة له .

نعم ، إن كان قد أخذ منه بقيمته معيباً رجع عليه بباقي قيمة الصحيح؛ لنحو ما سمعته في رجوع الشفيع عليه بالأرش؛ ضرورة استقرار الشقص حينئذٍ بالعبد والأرش الذي هو من مقتضى العقد المقتضي للسلامة ، فالثمن عرفاً ذلك .

وكذا القول فيما لو رضي البائع به ولم يردّه مع المانع[1] من ردّه واختار الأرش .

↑ ج ٣٧ / ٤١٧

أمّا لو عفا ولم يطالب فالظاهر عدم استحقاقه على الشفيع ، كما

(١) الظاهر «مع عدم المانع» كما ضبطت كذلك في العديد من المصادر الفقهيّة.

أنّ الظاهر عدم استحقاق الشفيع له على المشتري لو كان في المبيع، والله العالم.

المسألة ﴿العاشرة﴾

﴿لو كانت دار[١] لحاضر وغائب، وحصّة الغائب في يد آخر، فباع الحصّة وادّعى أنّ ذلك بإذن الغائب، قال﴾ الشيخ ﴿في الخلاف[٢]: تثبت الشفعة﴾.

وفيه: أنّ دعوى الإذن ممّن في يده المال ليس طريقاً شرعيّاً لثبوت ذلك، وإن جاز الأخذ منه والتصرّف وغيره باعتبار كونه ذا يد ولا معارض له.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ ﴿لعلّ المنع أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده إن كان المراد: الثبوت في نفس الأمر على وجهٍ لو جاء المالك وأنكر لم يكن له الانتزاع من يد الشفيع؛ وذلك ﴿لأنّ الشفعة تابعة لثبوت البيع﴾ وقد عرفت أنّ مجرّد دعوى من في يده المال الإذن ليس طريقاً شرعيّاً لثبوت ذلك.

وإن كان المراد: جواز أخذ الشفيع من يد المشتري الشقص بها على نحو أخذ المشتري له من يد مدّعي الإذن ثمّ الغائب على حجّته، فقد يقال بالجواز.

---

(١) في نسخة الشرائع: داراً.

(٢) نسختنا من الخلاف خالية من هذا الفرع.

لكن في القواعد : «ولو ادّعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصّة الغائب الشراء من الغائب فصدّقه ، احتمل : ثبوت الشفعة لأنّه إقرار من ذي اليد ، وعدمه لأنّه إقرار على الغير»[١] من دون ترجيح ، كالمحكي عن التذكرة[٢] والدروس[٣]. نعم عن التحرير : «أنّ الأوّل أقوى»[٤].

ج ٣٧ / ٤١٨

وفيه : أنّه بعد العلم بكونه مالاً للغير لا إشكال في أنّه إقرار على الغير ، إلّا أنّه قد عرفت جواز الأخذ منه والتصرّف باعتبار كونه ذا يد ولا معارض له ، كما تقدّم تحرير ذلك في محلّه[٥] على وجهٍ لا ينبغي التردّد المزبور من الجماعة ، فضلاً عن اختيار العدم كما في المتن ، بعد أن حكى عن الشيخ الثبوت المحتمل لإرادة المعنى الذي ذكرناه.

اللّهمّ إلّا أن يقال : إنّ عنوان الشفعة نصّاً وفتوى تحقّق صدق «باع الشريك» وهو غير متحقّق هنا ، فلا تثبت الشفعة على وجهٍ إن لم يبادر إليها تبطل بناءً على الفور ، وجواز أخذ المشتري منه لا يحقّق الصدق المزبور ، فليس للشفيع الأخذ؛ لعدم تحقّق عنوان ثبوت الشفعة ، بخلاف

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣١٠.

(٣) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٦.

(٤) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٤.

(٥) في ج ٤٢ كتاب الشهادات / الطرف الثاني (مسائل ثلاث / الأُولى)، وعبّر بالتقدّم باعتبار تقدّم تأليف كتاب القضاء على ما نحن فيه.

جواز الشراء ظاهراً منه ، فإنّه لا عنوان له على الوجه المزبور .

على أنّ السيرة ـ التي هي العمدة في الحكم المزبور ـ إنّما هي في التصرّف بإذنه ، لا مطلق التصرّف حتّى القهري الذي لا يرجع إلى إذنه ، بل هو تابع للحكم الشرعي المعلّق على عنوان خاصّ ، والفرض عدم تحقّقه .

ومن ذلك يظهر لك ما في جامع المقاصد ، فإنّه ـ بعد أن ضعّف الأوّل بأنّه إقرار في حقّ الغير ـ قال : «لكن يشكل بشيء : وهو أنّ من بيده مال الغير مصدّق في دعوى الوكالة بغير خلاف ، ويجوز الشراء منه والتصرّف تعويلاً على قوله ، وكذا لو ادّعى الشراء من المالك يسمع ، فلِمَ لا تثبت الشفعة بدعواه الشراء مع الحكم بنفوذه؟! وقوّى في التحرير ثبوت الشفعة» .

«والذي يخطر بالبال : أنّه إن كان المراد بثبوت الشفعة انتزاع الحاكم الشقص وتسليمه إلى المدّعي ـ كما هو المتبادر من ذكر الدعوى ـ فهو مشكل ، والظاهر العدم؛ لأنّ مجرّد دعوى الشراء ممّن في يده مال الغير لا يقتضي الثبوت شرعاً ، وليس المراد بجواز الشراء منه لو ادّعى الوكالة الحكم بالوكالة ، وإن كان المراد جواز أخذ المدّعي ذلك بدعوى من بيده المال الشراء فليس ببعيد ، كما يجوز له الشراء والاتّهاب ونحوهما من التصرّفات ، ثمّ يكون الغائب على حجّته»[1] .

↑ ج ٣٧ / ٤١٩

(١) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٨٠.

إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد التأمّل فيما ذكرناه، وحكم الحاكم على من في يده المال ـ بعد اعترافه بالشراء وبانتزاعه منه مؤاخذةً له بإقراره المتعلّق به ـ ليس حكماً على الغائب الذي هو على حجّته، بل لا وجه لعدم الانتزاع منه بعد إيجاد سبب الأخذ بالشفعة مع فرض جواز الأخذ منه بالدعوى المزبورة التي هي إقرار في حقّه ودعوى في حقّ الغير، نحو الحكم بالانتزاع ممّن في يده المال المدّعي للوكالة ثمّ امتنع بعد أن جرت صيغة البيع بينه وبين المشتري.

نعم، لو قلنا بعدم جواز الأخذ على وجهٍ يتصرّف بالشقص اتّجه عدم جواز الانتزاع، وإن كان لو أخذ بالشفعة قولاً مع دفع الثمن وصادف صدق المدّعي ترتّب عليه حكم الملك من حين الأخذ وإن لم يكن عنوانها ثابتاً في الظاهر ولكن يكفي فيه كونه كذلك في نفس الأمر.

إنّما الكلام في جريان أحكام الشفعة ـ من التصرّف به بغير رضاه، وانتزاعه منه قهراً، وبطلان الشفعة مع عدم الفور بها... وغير ذلك من أحكامها ـ بمجرّد دعوى الوكالة، والفرض أنّ جميعها أحكام شرعيّة مترتّبة على موضوع لم يتحقّق، ولا أقلّ من الشكّ والأصل عدم ترتّب هذه الآثار، فلا ريب في أنّ الأحوط عدم ذلك كلّه.

والمراد: أنّه إلى هذا نظر المصنّف وغيره[1] ممّن تردّد. ولكنّ

---

(١) تقدّمت المصادر آنفاً.

الإنصاف مع ذلك كلّه أنّ الجواز لا يخلو من وجه، والله العالم.

وعلى كلّ حال ﴿فلو قضي بها﴾ للشفيع بشفعته عملاً بإقرار ذي اليد ﴿و﴾ بعد ذلك ﴿حضر الغائب؛ فإن صدّق[١] فلا بحث، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه، و﴾ حينئذٍ ﴿ينتزع الشقص﴾ من يد الشفيع ﴿وله أُجرته﴾ عليه ﴿من حين قبضه إلى حين ردّه﴾ لعموم «على اليد...»[٢] وغيره.

ج ٣٧ / ٤٢٠

﴿و﴾ لا خلاف[٣] ولا إشكال في أنّه ﴿يرجع بالأُجرة﴾ المزبورة ﴿على البائع إن شاء؛ لأنّه سبب الإتلاف، أو على الشفيع﴾ بأُجرة زمان قبضه ﴿لأنّه المباشر للإتلاف﴾ وعلى المشتري بما قبل ذلك ـ للمباشرة أيضاً ـ إن شاء، بل وعلى المشتري بما كان في يده ويد الشفيع المترتّبين عليه؛ لعموم «على اليد...» فإنّه كالغاصب.

﴿و[٤]﴾ من هنا ﴿إن رجع على مدّعي الوكالة لم يرجع الوكيل على الشفيع﴾ ولا على المشتري؛ لاعترافه بكون المنافع لهما وأنّه ظالم له بأخذ الأُجرة منه، والمظلوم لا يرجع على غير من ظلمه.

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: صدّقه.

(٢) تقدّم في ص ١١٢.

(٣) صرّح بالحكم في المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٤٦، وقواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٣، وجامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٨٠، ومسالك الأفهام: الشفعة / في اللواحق ج ١٢ ص ٣٥٧.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: فـ.

﴿وإن رجع على﴾ المشتري أو ﴿الشفيع رجع﴾ كلّ من المشتري و﴿الشفيع على الوكيل؛ لأنّه غرّه﴾ إذا لم يصدر منهما ما يقتضي تصديق مدّعي الوكالة، وإلّا لم يرجع من صدر منه ذلك عليه أيضاً؛ لاعترافه بظلم المالك، وذلك كلّه واضح خصوصاً بعد الإحاطة بما ذكرناه في كتاب الغصب[1].

﴿و﴾ لكن ﴿فيه﴾ أي المفروض ﴿قول آخر﴾ محكيّ عن المبسوط، وهو رجوع مدّعي الوكالة على الشفيع لو رجع المالك عليه؛ لاستقرار التلف في يده[2]، و﴿هذا﴾ واضح الفساد، نعم يتمّ مع اعترافه بكذب المدّعي في دعواه الوكالة؛ ليكون[3] كالغاصب الذي يستقرّ عليه الضمان مع التلف في يده.

ج ٣٧ / ٤٢١

وبذلك ظهر لك: أنّ القول الأوّل ﴿أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده التي قد عرفتها في كتاب الغصب[4]، والله العالم.

ومنه يظهر لك ما عن الدروس، فإنّه ـ بعد أن ذكر نحو ما سمعته من عبارة القواعد ـ قال: «وكذا لو باع ذو اليد مدّعياً للوكالة وصدّقه الشفيع، لكن هنا لا يرجع الشفيع على الوكيل لو رجع عليه، بخلاف ما لو رجع على الوكيل، والفرق استقرار التلف في يد الشفيع، ولو أخذ

---

(١) في ص ٢٦٨.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٤٦.

(٣) في بعض النسخ بدلها: فيكون.

(٤) انظر قبل ثلاثة هوامش.

الشفيع اعتماداً على دعوى الوكالة رجع عليه؛ لأنّه غرّه»[١].

وفيه : أنّه لا وجه لرجوع الوكيل على الشفيع وإن كان قد استوفى المنافع؛ لاعترافه بأنّها حقّ له وأنّ المالك ظلمه بأخذ عوضها ، فكيف يرجع بظلامته على غير من ظلمه؟!

لكنّ الموجود عندنا في نسختين من الدروس متّصلاً بما سمعت : «والوجه في الأُولى : عدم رجوع أحدهما على الآخر؛ لاعتراف المرجوع بظلم الراجع»[٢].

نعم ، في التحرير : «ولو كان الشريك غائباً ، فادّعى الحاضر على مَن حصّةُ الغائب في يده أنّه اشتراه من الغائب فصدّقه ، احتمل : أخذُهُ بالشفعة؛ لأنّ من كانت العين في يده مصدّق في تصرّفه ، وعدمُهُ ؛ لأنّه إقرار على غيره ، والأوّل أقوى» .

«وكذا لو باع القابض وادّعى الشفيع إذن الغائب؛ فإن أوجبنا الشفعة وقدم الغائب فأنكر البيع أو الإذن قدّم قوله مع اليمين ، ويأخذ الشقص ويطالب بالأُجرة من شاء منهما ، فإن طالب الوكيل رجع على الشفيع لتلف المتاع[٣] في يده ، وإن طالب الشفيع لم يرجع على أحد»[٤].

وهو ـ كما ترى ـ لا يطابق ما ذكرناه إلّا بتجشّم ، والله العالم .

---

(١) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٦ ـ ٣٦٧.

(٢) المصدر السابق: ص ٣٦٧.

(٣) في المصدر بدلها: المنافع.

(٤) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٤.

﴿ولو اشترى شقصاً بمائة﴾ مثلاً ﴿ودفع إليه عرضاً يساوي عشرة﴾ مثلاً، أو أبرأه من الثمن كلاًّ أو بعضاً ﴿لزم الشفيع تسليم مائة أو يدع؛ لأنّه يأخذ بما تضمّنه العقد﴾ نصّاً وفتوى وإن وقع بعد ذلك بين البائع والمشتري إبراء أو معاوضة عنه بشيء لا يساويه أو نحو ذلك ممّا لا مدخليّة له في صدق تضمّن العقد إيّاه، كما هو واضح، والله العالم.

ج ٣٧ / ٤٢٢

﴿ومن اللواحق﴾

﴿البحث فيما تبطل به الشفعة﴾

﴿و﴾ المشهور بين الأصحاب[١] ـ بل في الرياض: «شهرة عظيمة»[٢] ـ بل لا خلاف فيه بين المتأخّرين[٣] عدا ابن إدريس[٤] أنّه ﴿تبطل﴾ الشفعة ﴿بترك المطالبة مع العلم وعدم العذر﴾ بل عن الخلاف: الإجماع عليه[٥].

﴿وقيل﴾ والقائل المرتضى[٦] وأبو عليّ[٧] وعليّ بن الحسين

---

(١) كما في تذكرة الفقهاء: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٢ ص ٣١٢.

(٢) رياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٨٨.

(٣) كالعلّامة في الإرشاد: الشفعة / في الشرائط ج ١ ص ٣٨٥، وولده في الإيضاح: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٠٩، والشهيد في غاية المراد: الشفعة / في الشرائط ج ٢ ص ١٥٨، وابن فهد في المقتصر: كتاب الشفعة ص ٣٤٧، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٩٢٨ ج ٣ ص ٧٨ ـ ٧٩.

(٤) يأتي المصدر قريباً.

(٥) الخلاف: الشفعة / مسألة ٤ ج ٣ ص ٤٣٠ ـ ٤٣١.

(٦) الانتصار: مسألة ٢٥٩ ص ٤٥٤.

(٧) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٤١.

الصدوق[١] وأبو المكارم[٢] وابن إدريس[٣] وأبو الصلاح[٤] على ما حكي عن بعضهم: ﴿لا تبطل إلّا أن يصرّح بالإسقاط ولو تطاولت المدّة﴾ بل في الانتصار: الإجماع عليه[٥]، بل حكاه الفخر عن سلّار أيضاً[٦] وإن كنّا لم نتحقّقه.

نعم، قيل: «لا تعرّض له في المراسم كالمقنع والمقنعة وفقه الراوندي»[٧] فإن كان ذلك ظاهراً في التراخي ـ باعتبار أنّ الفوريّة لو كانت معتبرة فيها على وجهٍ تسقط بعدمها لوجب التعرّض لها ـ كان ظاهر الجميع أيضاً.

بل لعلّه أيضاً ظاهر عدم الترجيح في محكيّ التحرير[٨] والمهذّب[٩] ومجمع البرهان[١٠] والكفاية[١١]، بناءً على أنّه من حيث الشكّ في أدلّة

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: (الهامش السابق).

(٢) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٤ ـ ٢٣٥.

(٣) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٨٨.

(٤) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦١ (ظاهره ذلك حيث قال: وإن علم بالبيع وأسقط حقّ المطالبة بطلت شفعته).

(٥) الانتصار: مسألة ٢٥٩ ص ٤٥٦.

(٦) شرح الإرشاد: الشفعة / في الشرائط ذيل قول المصنّف: «على الفور» ورقة ٥٢ (مخطوط).

(٧) مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٥٥٢.

(٨) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٠.

(٩) الظاهر أنّ المراد به «المهذّب البارع» إذ مذهب القاضي في المهذّب (ج ١ ص ٤٥٨ ـ ٤٥٩) الفوريّة. انظر المهذّب البارع: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٢٧١...

(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الشرائط ج ٩ ص ٢١ ـ ٢٢.

(١١) كفاية الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٤٦ ـ ٥٤٧.

الفور، وإلّا فالأصل التراخي، وإن كان هو خلاف الظاهر.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿الأوّل أظهر﴾ عند المصنّف؛ لـ: ↑

ج ٣٧ / ٤٢٣

النبويّين المنجبرين بما عرفت، أحدهما: «الشفعة لمن واثبها»[١]، والآخر: «الشفعة كحلّ العقال»[٢]، بل في الدروس نسبة الأخير منهما إلى الاشتهار[٣]. ولا يقدح عدم وجودهما في طرقنا بعد أن ذكرهما الأصحاب في كتبهم[٤] مستدلّين بهما على ذلك.

والإجماع المحكي المعتضد بما سمعته من الشهرة العظيمة وإن تأخّرت عن زمان حاكيه، فإنّها على كلّ حال تفيد قوّة الظنّ بموافقته للواقع.

بل استدلّ غير واحد[٥] بحسن ابن مهزيار السابق[٦] المشتمل على بطلان شفعة من طلب ثمّ مضى لإحضار الثمن فلم يأت إلى ثلاثة أيّام؛ إذ لو كانت على التراخي لم تبطل بذلك.

---

(١) تلخيص الحبير: ح ١٢٧٨ ج ٣ ص ٥٦، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٧٨، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٧٤.

(٢) سنن ابن ماجة: ح ٢٥٠٠ ج ٢ ص ٨٣٥، تلخيص الحبير: ح ١٢٧٨ ج ٣ ص ٥٦، سنن البيهقي: ج ٦ ص ١٠٨.

(٣) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٤.

(٤) كالروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤٠٤، ورياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٨٦، ومفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٥٥٣.

(٥) كالعلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٢، وولده في الإيضاح: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٠٩، والمقداد في التنقيح: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٩١، والكركي في جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٠٠ ـ ٤٠١.

(٦) تقدّم في ص ٤٢٦.

كلّ ذلك مضافاً: إلى ما عرفته مكرّراً من كون الشفعة على خلاف الأصل، والمتيقّن ثبوتها على الفور، بل لعلّ ثبوتها في بعض الأشياء دون بعض وفي بعض العقود دون بعض مشعر بذلك أيضاً، وإلى قاعدة الضرر[1].

بل لعلّ قوله عليه السلام: «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء... وقال: لا ضرر ولا ضرار...»[2] مشعر بذلك بناءً على إرادة الإشارة به إلى الضرر الحاصل من عدم مشروعيّتها ومن كونها على التراخي.

بل لعلّ قوله عليه السلام: «الغائب على شفعته»[3] مشعر بذلك أيضاً؛ ضرورة إشعاره بكون ذلك من جهة الغيبة التي هي عذر له.

↑ ج ٣٧ / ٤٢٤

لكن قد يقال في مقابلة ذلك: إنّ الخبرين المزبورين من طرق العامّة؛ ولذا ترك غير واحد[4] الاستدلال بهما.

بل من المحتمل إرادة الكناية عن الانتقال بمجرّد الأخذ وإن تأخّر من الثاني منهما، لا أنّ المراد منه بيان قصر زمانها وأنّه كحلّ العقال.

بل في الإسعاد الذي هو من أجلّ كتب الشافعيّة: «إنّ إسناده ضعيف، وقال ابن حيّان: لا أصل له، وقال البيهقي: ليس بثابت»[5].

---

(١) تقدّمت في ص ١٧.

(٢) تقدّم في ص ٣٦٩.

(٣) لفظه: «للغائب الشفعة» كما تقدّم في ص ٤٣٥.

(٤) كالكركي في جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤٠٠ ـ ٤٠١، والأردبيلي في مجمع البرهان: الشفعة / في الشرائط ج ٩ ص ٢١ ـ ٢٢.

(٥) هذا الكتاب غير متوفّر.

والإجماع معارض بمثله، بل لعلّه أقوى منه؛ باعتبار وجود القائل بذلك ممّن تقدّم على حاكيه، بخلاف الآخر الذي لم نعرف أحداً ممّن تقدّمه قال بذلك.

وحسن ابن مهزيار ـ بناءً على أنّ مورده بعد حصول سبب الشفعة ـ قد اشتمل أيضاً على ما ينافي الفوريّة؛ إذ القائل بها لا يجعل انتظار ثلاثة أيّام لإحضار الثمن من جملة العذر فيها، خصوصاً مع دعوى الغيبة في بلد آخر.

بل قد يقال: إنّ الخبر المزبور الذي مورده إنشاء الأخذ بالشفعة قولاً ـ بناءً على إرادة ذلك من الطلب فيه، أو مطلق طلبها بمعنى إرادتها ثمّ مضى لإحضار الثمن ـ قد تسالمت الخصوم على العمل بمضمونه في ذلك من غير فرق بين القول بالفور والتراخي، فلا دلالة حينئذٍ في الخبر على شيء منهما؛ إذ محلّ النزاع هنا تأخير الأخذ بالشفعة مع علمه بها.

هذا كلّه مع ما فيه من رائحة الموافقة للمحكي عن أبي حنيفة وابن أبي ليلى: من أنّها تمتدّ إلى ثلاثة أيّام كالشافعي في أحد أقواله[1].

والأصل منقطع بإطلاق الأدلّة واستصحاب ثبوتها بعد حصول سببه الذي هو البيع بالنصّ. وعدم العلم بكونه على الفور وعدمه، لا ينافي

---

(١) حلية العلماء: ج ٥ ص ٢٨٤، المحلّى: ج ٩ ص ٩٠، المغني (لابن قدامة): ج ٥ ص ٤٧٨، الشرح الكبير: ج ٥ ص ٤٧٤، المجموع: ج ١٤ ص ٣١٩، المبسوط (للسرخسي): ج ١٤ ص ١١٧.

التمسّك به على الثاني كما حقّق في محلّه.

ومن الغريب ردّ جماعة من الأعيان[١] هنا له: بأنّ المقتضي لثبوت الشفعة حدوث العلم بالبيع نفسه، والحدوث يبطل في ذي البقاء، وإذا بطلت العلّة بطل معلولها؛ إذ هو ـ كما ترى ـ لا حاصل له ومجرّد دعوى لا دليل عليها، بل ظاهر الأدلّة خلافها.

ج ٣٧ / ٤٢٥

كما أنّ ظاهر قوله عليه السلام: «الغائب على شفعته»[٢] إرادة بيان عدم اعتبار الحضور فيها، وإلّا فهو مطلق شامل للمتمكّن من المجيء والتوكيل وغيرهما.

وقاعدة الضرر يدفعها: أنّه الذي أدخله على نفسه باختيار ما فيه الشفعة من العقود غير ملاحظ لما يسقطها من الأُمور الكثيرة، على أنّه مجبور بالأرش إذا زرع أو بنى إن قلنا به.

وإن كان المراد من الضرر عدم رغبة المشتري في التعمير مثلاً لاحتمال الأخذ منه، ففي الانتصار: «أنّه يمكن أن يتحرّز المشتري من هذا الضرر؛ بأن يعرض المبيع على الشفيع ويبذل التسليم إليه، فهو بين أمرين: إمّا أن يتسلّم أو يترك الشفعة فيزول الضرر عن المشتري بذلك، وإذا فرّط فيما ذكرنا وتصرّف من غير أن يفعل ما أشرنا إليه فهو المدخل

(١) كالعلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٣، والشهيد في غاية المراد: الشفعة / في الشرائط ج ٢ ص ١٥٨.

(٢) لفظه: «للغائب الشفعة» كما تقدّم في ص ٤٣٥.

للضرر على نفسه»[١].

ولعلّ من هذه العبارة قال في الدروس: «إنّ في كلامه إلماماً بالفوريّة»[٢].

قلت: لكنّ ما قبله وما بعده صريح في خلاف ذلك، فوجب حمله على كون ذلك مسقطاً لها وإن قلنا بالتراخي، وإن كان فيه ما فيه، إلّا أن يريد حال ظهور ذلك في عدم إرادتها.

ومن هنا وغيره تردّد بعض الناس[٣]، بل مال في الرياض إلى التراخي[٤]، ولعلّه لا يخلو من قوّة ما لم يصل إلى حدّ الضرر، نحو ما سمعته منهم في انتظار مدّعي غيبة الثمن في بلد آخر.

↑ ج ٣٧ / ٤٢٦

بل لو وجد قائل بأنّه على التراخي ما لم يتضرّر المشتري ـ نحو ما سمعته في دعوى غيبة الثمن، التي مرجعها إلى ما يقرب من ذلك ـ لكان في غاية القوّة.

ودونه القول بأنّها على التراخي ما لم يعرض المشتري على الشفيع الشقص مخيّراً له بين الشفعة وعدمها، فيجب الفور حينئذٍ؛ لأنّه لا ضرر ولا ضرار، كما هو مقتضى التدبّر فيما سمعته من المرتضى الذي هو الأصل في التراخي، بل ربّما كان في ذلك جمع بين الأدلّة جميعها.

---

(١) الانتصار: مسألة ٢٥٩ ص ٤٥٧.

(٢) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٤.

(٣) تقدّمت المصادر آنفاً.

(٤) رياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٨٨.

وإن أبيت عن ذلك كلّه، فلا ريب في أنّ الأصل عدم الشفعة بعد الشكّ الحاصل من تعارض الإجماعين والاستصحابين وغير ذلك ممّا سمعته، خصوصاً بعد عدم سوق الأدلّة لبيان التراخي، فالرجوع[١] إلى استصحاب بقائها وإطلاق ما دلّ على ثبوتها بعد أن كان الأوّل منها[٢] بعد تسليم حجّيّته هنا والثاني الذي قد عرفت أنّه مساق لغير ذلك من الأدلّة المتعارضة التي حصل منها الشكّ، فليس حينئذٍ إلّا الأصل السابق وعموم «أوفوا بالعقود»[٣] الذي لم يكن من أدلّة الشفعة التي هي الطارئة على مقتضاهما، ومع فرض كونهما أيضاً من الأدلّة على ذلك فلا عمل إلّا على الفور الذي هو المتيقّن دون غيره، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق جدّاً، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فعلى الفور والتراخي قد وقع الخلاف في سقوطها بأُمور:

الأوّل: ﴿لو نزل عن الشفعة﴾ وتركها وعفا عنها ﴿قبل البيع﴾ فالإسكافي[٤] والشيخ[٥] والمصنّف في النافع[٦] والفاضل في جملة من

---

(١) الأولى التعبير بـ«فلا رجوع».

(٢) الأولى التعبير بـ«منهما».

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

(٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٠.

(٥) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٤٠.

(٦) المختصر النافع: كتاب الشفعة ص ٢٥٠.

كتبه[١] وولده[٢] والمقداد[٣] والكركي[٤] وثاني الشهيدين[٥] والخراساني[٦] والكاشاني[٧] على ما حكي عن بعضهم على أنّه ﴿لم تبطل﴾ الشفعة ﴿مع البيع﴾ لإطلاق الأدلّة و﴿لأنّه إسقاط ما لم يثبت﴾.

↑ ج ٣٧ / ٤٢٧

بل قيل: «إنّ ظاهر الانتصار الإجماع على ذلك»[٨]، قال: «ممّا ظنّ انفراد الإماميّة به: أنّ حقّ الشفيع لا يسقط إلّا أن يصرّح الشفيع بإسقاط حقّه ـ ثمّ حكى مذاهب العامّة إلى أن قال: ـ قال الشافعي والشعبي: من بيعت شفعته وهو شاهد لم ينكر فلا شفعة له، والذي يدلّ على صحّة مذهبنا: الإجماع المتكرّر...»[٩] إلى آخره، وإن كان ستعرف الحال فيه إن شاء الله.

﴿و﴾ لكنّه مع ذلك كلّه في المتن: ﴿فيه تردّد﴾ بل هو خيرة الإرشاد ـ وإن قال: «على رأي»[١٠] ـ وظاهر غاية المراد[١١] ومجمع

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢٥٧، تذكرة الفقهاء: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٢ ص ٣٢٦، تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٩١.

(٢) إيضاح الفوائد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢١٨.

(٣) التنقيح الرائع: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٩٣.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٦ ص ٤٤٠.

(٥) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تبطل به ج ١٢ ص ٣٦١.

(٦) كفاية الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٤٩.

(٧) مفاتيح الشرائع: مفتاح ٩٢٩ ج ٣ ص ٨٠.

(٨) مفتاح الكرامة: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٨ ص ٦٧٣.

(٩) الانتصار: مسألة ٢٥٩ ص ٤٥٤ ـ ٤٥٦.

(١٠) إرشاد الأذهان: الشفعة / في الأحكام ج ١ ص ٣٨٧.

(١١) غاية المراد: الشفعة / في الأحكام ج ٢ ص ١٦٧.

البرهان[١] السقوط، بل قد يلوح الميل إليه في الدروس[٢].

بل في النهاية: «إن عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يرده، فباعه من غيره بذلك الثمن أو أزيد عليه، لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة، وإن باع بأقلّ من الذي عرض عليه كان له المطالبة»[٣].

وقال فيها أيضاً: «وإذا علم الشريك بالبيع ولم يطالب بالشفعة، أو شهد على البيع، أو بارك للبائع فيما باع، أو للمشتري فيما ابتاع، لم يكن له المطالبة بعد ذلك بالشفعة»[٤].

وفي المقنعة: «وإن باع إنسان شيئاً له فيه شريك على أجنبي والشريك حاضر، فأمضى البيع وبارك للمبتاع، بطلت شفعته»[٥].

ثمّ قال أيضاً: «ولو عقد البيع على أجنبي بدون ما عرضه على الشريك، كان للشريك الشفعة على المبتاع وقبضه منه»[٦].

قيل: «وبمعنى عبارة النهاية عبارة الوسيلة وجامع الشرائع»[٧].

لكن ستعرف أنّها أجمع في غير مسألة السقوط بمعنى إنشاء

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: الشفعة / في الأحكام ج ٩ ص ٤٤.

(٢) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٣) النهاية: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٢٣١ ـ ٢٣٢.

(٤) المصدر السابق: ص ٢٣٠ ـ ٢٣١.

(٥) المقنعة: كتاب الشفعة ص ٦١٨.

(٦) المصدر السابق: ص ٦١٩.

(٧) مفتاح الكرامة: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٨ ص ٦٧٢ ـ ٦٧٣.

الإسقاط قبل البيع ، وكذا عن ابن بابويه السقوط بالسكوت وعدم الإنكار مع الحضور[١].

ج ٣٧ / ٤٢٨

وعلى كلّ حال ، فأقصى ما يقال للسقوط : دعوى الشكّ في ثبوت الشفعة في الحال المزبور ، وقد عرفت أنّ الأصل عدمها ، خصوصاً مع ملاحظة أنّ حكمة مشروعيّتها الضرر ، ولا ريب في عدمه مع الفرض المزبور ، بل المنساق من إطلاق الأدلّة غير الحال المزبور بعد أن لم يكن فيها عموم لغوي بالنسبة إليه .

مضافاً إلى ما رواه في السرائر بعين عبارة النهاية إلى قوله : «وإن باع بأقلّ»[٢] على أنّ النهاية وغيرها من الكتب السابقة متون أخبار .

بل في النبوي المروي في التذكرة عن جابر عن النبيّ ﷺ : «الشفعة في كلّ مشترك في أرض أو ربع أو حائط ، لا يصلح أن يبيع حتّى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع»[٣] المراد منه الأخذ بالشراء أو تركه .

وفي الدروس[٤] وغيرها من كتب الأصحاب[٥] : «قال رسول الله ﷺ : لا يحلّ أن يبيع حتّى يستأذن شريكه ، فإن باع ولم يأذن فهو أحقّ به» .

---

(١) يأتي في ص ٦٥٠.

(٢) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٢ ص ٣٢٧.

(٤) أورده بهذا اللفظ في غاية المراد، وبلفظ آخر في الدروس، انظر غاية المراد: الشفعة / في الأحكام ج ٢ ص ١٦٧، والدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٦٩.

(٥) كالتنقيح الرائع: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٩٣، والمهذّب البارع: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٢٧٦.

وفي الإسعاد لبعض الشافعيّة: «وفي رواية: لا يحلّ له أن يبيع حتّى يؤذن شريكه، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحقّ به»[١].

وفي رواية صحيحة في غير مسلم: «فهو أحقّ به بالثمن...»[٢] إلى آخرها.

وعلى كلّ حال، فظاهر تعليق الاستحقاق فيه على عدم الاستئذان يقتضي عدم الاستحقاق معه، ولا استبعاد في شيء من ذلك بعد ثبوت نظيره من إجازة الوارث ما أوصى به الميّت قبل الموت، بل يمكن أن لا يكون ذلك من باب إسقاط الحقّ قبل ثبوته، بل هو من المقتضي لعدم ثبوت الحقّ معه.

↑ ج ٣٧ / ٤٢٩

بل لعلّ المعنى المزبور هو المراد ممّا في نصوصنا المعتبرة[٣] من أنّ الشريك أحقّ بالشقص إذا أراد الشريك بيعه، بل في بعضها[٤] التصريح بالأحقّيّة المزبورة قبل صدور البيع منه، فإنّه لا معنى للأحقّيّة حينئذٍ إلّا المعنى الذي ذكرناه وإن كانت الشفعة لا تثبت إلّا بالبيع، على أنّه مع استمرار الإذن والرضا بعدم الحقّ له في البيع يكون كالرضا من المتبايعين أو أحدهما على بيعٍ لا خيار فيه للمجلس مثلاً.

وبالجملة: لا ينبغي الإشكال في عدمها مع صدور البيع على أنّه

---

(١) هذا الكتاب غير متوفّر.

(٢) مسند أحمد: ج ٣ ص ٣١٠.

(٣) تقدّمت في ص ٣٦٧ ـ ٣٦٨ و٣٩٣.

(٤) كخبر عبد الله بن سنان المتقدّم في ص ٤١٥.

لا شفعة له بإذنه، وليس هو من باب إنشاء الإسقاط قبل حصول متعلّقه.

ومن هنا ينقدح لك تحرير محلّ البحث في المسألة؛ وهو:

إن كان المراد من النزول عن الشفعة: إنشاء إسقاطها قبل حصول متعلّقها فلا ريب في أنّ الأصحّ عدم السقوط، بل لا يتصوّر تأثير الإنشاء قبل حصول متعلّقه مع فرض عدم دليل شرعي. نعم ستعرف في آخر البحث توجيه صحّته بناءً على ثبوت الحقّ قبل البيع.

وإن كان المراد: الإذن القابل للاستمرار فعلاً وحكماً حتّى يتمّ العقد على مقتضاها فالمتّجه حينئذٍ الصحّة.

ويكفي في صحّة الإذن تعلّق الحقّ على الوجه الذي سمعته من النصوص المزبورة قبل حصول البيع، فمع فرض استمرارها فعلاً أو حكماً لم يكن له شفعة، وعلى هذا يحمل كلام النهاية وغيرها، لا إنشاء السقوط قبلُ على وجهٍ يترتّب أثره عليه بعد البيع الذي يمكن عدم القائل به.

↑ ج ٣٧ / ٤٣٠

ولعلّه لذا كان ظاهر الشهيد[١] أنّ ما في النهاية غير مسألة الإسقاط، بل يمكن أن يكون هذا هو الوجه في فرق المصنّف في النافع بين النزول عن الشفعة قبل البيع بمعنى إنشاء الإسقاط، وبين الإذن في الابتياع على وجهٍ يراد منه عدم إرادة الشفعة أو ما دلّ على ذلك[٢].

(١) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٢) المختصر النافع: كتاب الشفعة ص ٢٥٠.

ومن ذلك يظهر لك ما في الرياض: من شدّة الإنكار عليه في فرقه بين المسألة وغيرها من المسائل، وادّعى أنّه لم يوافقه عليه أحد، نعم حكى عن الإرشاد الفرق أيضاً ولكنّه بعكسه؛ فجزم بالسقوط في مسألة النزول عن الشفعة بخلاف باقي المسائل[١].

قلت: يمكن أن يكون وجهه: أنّ ذلك تصريح منه بالإعراض وعدم الإرادة على وجهٍ قد استمرّ حتّى وقع العقد، بخلاف المسائل الأُخر فإنّه لا تصريح فيها؛ إذ يمكن الجمع بين الشهادة والمباركة والإذن في الابتياع وبين إرادة الشفعة من أوّل الأمر.

وحينئذٍ يكون نزاعاً في موضوع، وتفصيل الحال فيه: أنّه يختلف باختلاف المقامات والقرائن، وإلّا فكلّ منها من حيث نفسه لا دلالة فيه، وقد اتّضح بذلك ـ والحمد لله ـ الحال في المقام وفي غيره من المسائل الآتية.

نعم، بقي شيء: وهو أنّه قد يقال: إنّ مقتضى ما في غير واحد من النصوص[٢] ـ من كون الشريك أحقّ متى أراد شريكه البيع ـ ثبوت الحقّ له قبل البيع، بحيث لو باع كان له انتزاعه من المشتري، فحقّ الشفعة حينئذٍ الثابت له بعد البيع مترتّب على الأحقّيّة السابقة على البيع وإن كان لا يأثم بالمخالفة ـ خلافاً لبعض الشافعيّة[٣] ـ فضلاً عن صحّة بيعه،

(١) رياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٩٩.

(٢) تقدّمت في ص ٣٦٧ ـ ٣٦٨ و٣٩٣.

(٣) النجم الوهّاج: ج ٥ ص ٢٢٢.

فإنّ حقّ الشفعة بعد البيع لا يفسد معه التصرّف وإن كان للشفيع فسخه، وحينئذٍ فيتّجه صحّة إنشاء الإسقاط قبل البيع.

↑ ج ٣٧ / ٤٣١

ولعلّه إلى ذلك نظر العلّامة وغيره ممّن قال بصحّته[١]، مضافاً إلى النصوص السابقة، وهذا شيء دقيق وجيّد جدّاً.

كلّ ذلك مع إمكان أن يقال: ـ مع قطع النظر عن هذا كلّه ـ يكفي في ثبوت الحكم ما سمعته من أنّه لا ريب في حصول الشكّ في ثبوت الشفعة في الحال المزبور، والأصل عدمها.

ودعوى[٢]: أنّ العموم في المبيع يستلزم العموم في الأحوال ـ وإلّا لما بقي عموم على حاله؛ لاختلاف أحوال أفراد العامّ بلا إشكال ـ واضحة المنع إذا أُريد منها العموم بالنسبة إلى الأحوال على وجهٍ يحكم بها على مقتضى العموم حتّى مع الشكّ كالعموم اللغوي بالنسبة إلى الأفراد، بل لو فرض حصول الشكّ في إرادة بعض الأفراد من العموم اللغوي أمكن القول بعدم حجّيّة العموم فيه حينئذٍ فضلاً عن الأحوال.

ومن الغريب بعد ذلك كلّه دعوى[٣] دلالة عبارة الانتصار المزبورة على الإجماع على المسألة، وهي مع أنّها[٤] أجنبيّة لأنّها مساقة لبيان التراخي في مقابل القول بالفور، على أنّه أُطلق فيها السقوط مع

---

(١) تقدّمت المصادر آنفاً.

(٢) كما في رياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٩٨.

(٣) المصدر السابق: ص ٩٦.

(٤) الأولى إمّا حذف «مع أنّها» هنا، أو «على أنّه» الآتي، وإلّا فخبر «هي» غير واضح.

التصريح بالإسقاط.

كما أنّك قد عرفت الحال في مسألة الإسقاط؛ وأنّه إن أُريد به إنشاؤه قبل البيع على وجهٍ يؤثّر في البيع بعد وقوعه، فيمكن دعوى الضرورة ـ فضلاً عن الإجماع ـ على عدمه، وإن أُريد به إرادة عدم الشفعة المستمرّة ولو حكماً إلى وقوع البيع، فقد عرفت أنّ الأقوى حينئذٍ عدم الشفعة، والله العالم.

﴿وكذا لو شهد على البيع، أو بارك للمشتري أو للبائع، أو أذن للمشتري في الابتياع﴾ أو للبائع في البيع ﴿فيه التردّد[1]﴾ المزبور، ولكن قد عرفت الفرق بينها وبينه.

ج ٣٧ / ٤٣٢

ومن الغريب قوله: ﴿لأنّ ذلك ليس بأبلغ من الإسقاط قبل البيع﴾ ضرورة عدم مدخليّة شيء منها في مسألة الإسقاط بمعنى إنشائه، نعم لو أُريد منه إرادة عدم الشفعة المستمرّة موضوعاً أو حكماً كان حكم الجميع واحداً إن كان المراد منها ذلك أيضاً.

وعلى كلّ حال، فقد سمعت ما في المقنعة والنهاية ومحكيّ الوسيلة وجامع الشرائع، وعن كشف الرموز: السقوط أيضاً، بل حكاه في الأخير عن الصدوقين[2]، وفي جامع المقاصد عن ابن البرّاج[3].

بل في النافع هنا اختياره كالثالث مع جزمه بعدم السقوط في

---

(١) في نسخة الشرائع: تردّد.

(٢) كشف الرموز: كتاب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٧.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٦ ص ٤٤١.

الأوّل[١]، وإن قال في الرياض: «لم أفهم وجهاً لفرق الماتن بين هذه المواضع، ولم أر من قال به، بل أطلق أرباب القولين الحكم فيها، عدا الفاضل في الإرشاد ففرّق كالماتن، لكن حكم بالبطلان في الموضع الأوّل عكسه، وتنظّر في باقي المواضع، ووجهه أيضاً غير واضح وإن كان أنسب من فرق الماتن؛ لأنّه في غاية البعد، فإنّ عدم الإبطال بالإسقاط قبل البيع يستلزم عدمه فيما عداه بطريق أولى؛ إذ ليس بأبلغ في الدلالة على الإبطال من الإسقاط قبل البيع، بل هو أبلغ، فكيف يفرّق بينهما بالعدم في الأوّل والسقوط في الباقي؟! بل العكس أولى، وقد نبّه على الأولويّة في المسالك»[٢]. وفيه ما لا يخفى بعد الإحاطة بما ذكرناه.

وعلى كلّ حال، فالحلّي[٣] والفاضل[٤] والمقداد[٥] والكركي[٦] وثاني الشهيدين[٧] وغيرهم[٨] على ما حكي عن بعض على عدم

---

(١) المختصر النافع: كتاب الشفعة ص ٢٥٠.

(٢) رياض المسائل: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٤ ص ٩٩.

(٣) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٣.

(٤) قواعد الأحكام: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢٥٧، تذكرة الفقهاء: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٢ ص ٣٢٧.

(٥) التنقيح الرائع: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٩٤.

(٦) جامع المقاصد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٦ ص ٤٤١ ـ ٤٤٢.

(٧) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تبطل به ج ١٢ ص ٣٦١ ـ ٣٦٢.

(٨) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الشفعة / في الأحكام ج ٩ ص ٤٥ ـ ٤٦، والسبزواري في الكفاية: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٤٩.

السقوط بهما، وإليه يرجع ما في المختلف: من التفصيل بوجود الأمارة على الرضا وعدم وجودها[١]، فإنّه قول بالعدم.

وأمّا الثالث فالفاضل في بعض كتبه[٢] وولده[٣] والمقداد[٤] والتنقيح[٥] وثاني الشهيدين[٦] وغيرهم[٧] على عدم السقوط، وفي النافع: أنّ الأشبه السقوط[٨]، وعن أبي العبّاس حكايته عن الشيخ في النهاية ويحيى بن سعيد[٩]، وقد عرفت تحقيق الحال في الجميع.

ج ٣٧ / ٤٣٣

نعم، الظاهر عدم دلالة شيء منها من حيث هي ما لم تقترن بقرائن على ذلك، خصوصاً مع قيام احتمال إرادة التمهيد لوقوع البيع، بخلاف ما لو وقع منه الإذن لهما أو لأحدهما في البيع والابتياع بعنوان الإعراض عنها على الوجه الذي قد عرفت الحال فيه، فإنّه حينئذٍ

---

(١) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٦٠.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٢ ص ٣٢٦ و٣٢٧، قواعد الأحكام: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢٥٧.

(٣) إيضاح الفوائد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢١٨.

(٤) التنقيح الرائع: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٩٤.

(٥) الأولى إمّا إبدال الواو بـ«في» لأنّ التنقيح للمقداد نفسه، أو إبدال «والتنقيح» بـ«والكركي»، وهذا الثاني مناسب لنقل صاحب مفتاح الكرامة، انظر جامع المقاصد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٦ ص ٤٤٠.

(٦) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تبطل به ج ١٢ ص ٣٦٢.

(٧) كالسبزواري في الكفاية: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٤٩، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٩٢٩ ج ٣ ص ٨٠.

(٨) المختصر النافع: كتاب الشفعة ص ٢٥٠.

(٩) المهذّب البارع: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٢٧٧.

لا شفعة له ، كما تقدّم لك تحقيقه . وكذا كلّ ما كان من هذه المذكورات أو غيرها دالاًّ على ذلك ولو بقرائن الأحوال ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان ، فـ﴿لو بلغه البيع بما يمكن إثباته به؛ كالتواتر أو شهادة شاهدي عدل، فلم يطالب وقال: لم أُصدّق، بطلت شفعته﴾ بناءً على الفور ﴿ولم يقبل عذره﴾ الذي مرجعه المكابرة؛ ضرورة كون المفروض طريقاً شرعاً لثبوته ، فهو حينئذٍ كالمعاينة أو العلم بذلك .

نعم ، لو أخبره عدد لا يبلغ التواتر لكن حصل به الاستفاضة الموجبة للظنّ الغالب فلم يشفع لم تبطل شفعته؛ لعدم الدليل على ثبوت البيع بذلك ما لم يصل إلى حدّ العلم فيجب حينئذٍ .

بل في المسالك : «الأقوى كونه عذراً وإن قلنا بثبوته بها؛ للخلاف في ذلك فكان عذراً ، هذا إذا اعترف بحصول العدد الموجب لها ولم يكن مذهبه ثبوتها بذلك بالاجتهاد أو التقليد ، وإلّا لم يعذر كالشاهدين»[١] . وفيه ما لا يخفى .

بل فيها أيضاً أنّه «لو قال : لم يحصل لي بإخبارهم الظنّ الغالب فهو عذر وإن حصل لغيره؛ لأنّ ذلك أمر نفساني لا يمكن معرفته إلّا من قبله»[٢] ﴿و﴾ لا يخفى ما فيه أيضاً .

↑ ج ٣٧ / ٤٣٤

نعم ﴿لو أخبره صبيّ أو فاسق لم تبطل، وصدّق﴾ في العذر[٣]؛

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تبطل به ج ١٢ ص ٣٦٣.

(٢) المصدر السابق.

(٣) في بعض النسخ بعدها إضافة: عن الفور بها.

لعدم ثبوته شرعاً بذلك ولو كانوا جماعة غير عدول ما لم يصل إلى حدّ الاستفاضة التي عرفت الحال فيها.

ولو صدّق الخبر ففي المسالك: «في عذره بالتأخير بعده وجهان: من أنّ التصديق لا يستند إلى علم ولا سند شرعي فلا عبرة به، ومن إمكان استناده إلى القرائن، فإنّ الخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم لا ينحصر في العدل، ولعلّ هذا أوجه»[1].

قلت: بل لا وجه لغيره؛ ضرورة أنّه ليس وراء العلم شيء من أينما حصل.

﴿وكذا لو أخبره واحد عدل، لم تبطل شفعته وقُبل عذره؛ لأنّ الواحد ليس حجّة﴾ واحتمال قبول عذره حتّى مع حصول العلم معه ولو من القرائن المفيدة له واضح الفساد، وما أبعد ما بين ذلك وبين احتمال الاكتفاء به ما لم يعلم كذبه؛ لعموم حجّيّة خبر العدل.

والذي يقوى: اعتبار التعدّد في مثل المقام المشتمل على خصوصيّة يندرج بها في الشهادة، كما حرّرنا ذلك في محلّه.

ثمّ إنّ ظاهر المسالك ثبوت البيع على وجهٍ تسقط الشفعة مع عدم الفور بها لغير عذر باعتراف المتبايعين[2].

وفيه: أنّ اعترافهما إنّما هو حجّة عليهما، لا أنّه مثبت للموضوع

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تبطل به ج ١٢ ص ٣٦٣ ـ ٣٦٤.

(٢) المصدر السابق: ص ٣٦٣.

واقعاً بحيث يترتّب عليه الحكم المتعلّق بغيرهما، فتأمّل، والله العالم، هذا.

﴿و﴾ قد عرفت فيما سبق أنّه ﴿لو جهلا﴾ أي الشفيع والمشتري ﴿قدر الثمن﴾ وتصادقا على ذلك لنسيان أو شراء وكيل وقد مات أو غير ذلك ﴿بطلت الشفعة؛ لتعذّر تسليم الثمن﴾ المعتبر في الشفعة على الوجه الذي قد عرفته.

ج ٣٧ / ٤٣٥

بل لعلّه كذلك وإن دفع الشفيع قدراً يشتمل عليه مع فرض عدم قبول المشتري التبرّع المزبور؛ لما فيه من المنّة، بل وإن قبله في وجه قويّ، مع احتمال الاجتزاء لصدق تسليم الثمن وزيادة.

بل وكذا الكلام في جهل خصوصيّته وإن دارت بين أمرين وسمح بهما الشفيع، والله العالم.

﴿ولو كان المبيع في بلدٍ ناءٍ﴾ والفرض أنّه معلوم للشفيع ﴿فأخّر المطالبة﴾ بالشفعة والأخذ بها مع حضور المشتري وعدم عذر بل لم يكن ذلك منه إلّا ﴿توقّعاً للوصول﴾ حتّى يقبض الشقص ﴿بطلت الشفعة﴾ بناءً على الفور، بلا خلاف أجده بين من تعرّض له[1]؛ لعدم ثبوت كون ذلك عذراً، فعليه أن يأخذ حينئذٍ ويدفع الثمن وإن تأخّر قبض الشقص؛ لما عرفت من وجوب تسليم الشفيع الثمن أوّلاً لكونه

---

(١) كالشيخ في المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٠٩، والعلّامة في التحرير: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٧٢، والكركي في جامع المقاصد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٦ ص ٤٤٣، والشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / ما تبطل به ج ١٢ ص ٣٦٤.

جزءَ مملّكٍ أو لا .

بل لو قلنا باعتبار التقابض فيها فالظاهر وجوب الفور فيها أيضاً وإن كان هو حينئذٍ الأخذ القولي ، ويبقى تسليم الثمن موقوفاً على تسلّم الشقص ، وهو حكم آخر غير الشفعة .

لكن قد عرفت سابقاً جعل بعضهم انتظار بلوغ الثمرة والزرع عذراً معلّلاً له بالضرر على الشفيع بتعجيل دفع الثمن مع مشغوليّة الشقص ، ولعلّ نحوه يأتي في مثل المقام .

اللّهمّ إلّا أن يفرّق : بكون المانع في الأوّل بقاء يد المشتري على الشقص ، بخلافه هنا ، فإنّه ليس إلّا عدم وصول الشفيع إلى ماله الذي قد خلّي بينه وبينه ، والفرض معلوميّته له ، والله العالم .

ج ٣٧ / ٤٣٦

﴿ولو بان الثمن﴾ المعيّن ﴿مستحقّاً﴾ للغير ولم يجز ﴿بطلت الشفعة؛ لبطلان العقد﴾ الذي هو عنوانها.

﴿وكذا لو تصادق الشفيع والمشتري على[1] غصبيّة الثمن﴾ المزبور ﴿أو﴾ عدم قابليّته ثمناً وإن لم يكن مثبتاً للبطلان في نفس الأمر بحيث يمضي في حقّ البائع ، إلّا أنّ الحقّ منحصر فيهما فيقبل ذلك في حقّهما .

بل لو ﴿أقرّ الشفيع﴾ خاصّة ﴿بغصبيّته﴾ مثلاً قبل الأخذ بها ﴿منع من المطالبة﴾ لعموم «إقرار العقلاء...»[2] وإن لم يكن ذلك مثبتاً

---

(١) ليست في نسخة الشرائع.

(٢) تقدّم في ص ٣٤٩.

للبطلان في حقّ غيره .

﴿وكذا﴾ تبطل الشفعة ﴿لو تلف الثمن المعيّن[١] قبل قبضه﴾ عند الشيخ والفاضل في محكيّ المبسوط[٢] والتذكرة[٣] ﴿لتحقّق البطلان﴾ في البيع الذي هو عنوان الشفعة .

ولعلّه كذلك لكن ﴿على تردّد في هذا﴾ ينشأ : ممّا عرفته سابقاً في الإقالة والردّ بالعيب من أنّ حقّ الشفعة ثابت بالبيع ، فلا يقدح فيه طروّ الفسخ ، سواء كان سابقاً أو لاحقاً بعد أن كان من حينه لا من أصله . ومن هنا جزم ثاني الشهيدين[٤] ببقائها كالمحكي عن الفاضل في المختلف[٥] وولده[٦] والشهيد[٧] .

لكن قال في القواعد : «ولو تلف الثمن المعيّن قبل قبضه؛ فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البائع بقيمته ، وإلّا بطلت الشفعة على إشكال»[٨] .

---

(١) في نسخة الشرائع: المتعيّن.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٣٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢٢٢.

(٤) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تبطل به ج ١٢ ص ٣٦٦.

(٥) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٥٩ ـ ٣٦٠.

(٦) إيضاح الفوائد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢١٧.

(٧) قاله في حواشيه على القواعد على ما نقله في مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٦٦٠.

(٨) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٦.

قلت: لعلّ منشأه ما عرفت، وكأنّه أراده في الدروس[١] والمسالك[٢] في حكاية القول بالتفصيل وإن تركا حكاية ذكر الإشكال فيه، وإلّا فلم نعرفه قولاً لأحد منّا ولا من العامّة.

↑ ج ٣٧ / ٤٣٧

وعلى كلّ حال، فقد يدفع الإشكال المزبور: بأنّ حقّ الشفعة مع سبقه يقدّم على غيره من التصرّفات الواقعة من البائع والمشتري وإن كانت فسخاً بإقالة أو ردّ بعيب، لا أنّه يقدّم على المبطل الشرعي الذي لا يتصوّر فسخ حقّ الشفعة له على نحو فسخ الإقالة والردّ بالعيب.

وثبوته مع البطلان ـ المقتضي لكون الشقص ملكاً للبائع، والشفيع إنّما يأخذ من المشتري ـ لا يطابق الأدلّة الشرعيّة، كما لا يطابقها أيضاً ضمان المشتري قيمة الشقص، خصوصاً بعد أن لم يكن في يده، وقد شفع به الشفيع وهو في يد البائع.

واحتمال: أنّ للشفيع ـ باعتبار سبق حصول سببه، وهو البيع الصحيح ـ فسخ الانفساخ المزبور؛ تحكيماً لدليل الشفعة عليه.

يدفعه: أنّه ترجيح لما دلّ على الشفعة ـ المقتضي لذلك ـ على ما دلّ على البطلان الشرعي المقتضي لبطلان حقّ الشفعة، مع أنّ الترجيح للأخير من وجوه.

فالتحقيق حينئذٍ: عدم استحقاق الشفيع الأخذ مع كون التلف قبله،

---

(١) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٦٧.

(٢) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تبطل به ج ١٢ ص ٣٦٦.

بل قيل: «خصوصاً إذا قلنا بأنّ تلف الثمن قبل القبض من مال المشتري كما أنّ تلف المبيع قبل القبض من مال البائع؛ على معنى: تقدير رجوع كلّ منهما إلى مالكه قبل التلف آناً مّا»[1]، وحينئذٍ فلا ثمن للبائع على المشتري حتّى يأخذه الشفيع به. وإن كان فيه ما فيه.

نعم، لو كان الأخذ قبله اتّجهت الصحّة؛ للأصل الذي لا ينافيه بطلان البيع من حينه الذي هو بمعنى استحقاق قيمة الشقص على المشتري، باعتبار تنزيل أخذ الشفيع له منزلة التلف.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ البطلان هنا أولى من بطلانها بفسخ البائع؛ فإنّ الحكم الشرعي بكون ملك المشتري له مراعى بعدم تلف الثمن قبل قبضه، أولى بتبعيّة الشفعة له من تبعيّتها لفسخ البائع، فتأمّل جيّداً.

ج ٣٧ / ٤٣٨

بل قد يقال بسقوطها أيضاً بالانفساخ الحاصل بالتحالف بين البائع والمشتري مع عدم علم الشفيع بالحال؛ لكونه أيضاً انفساخاً شرعيّاً لا وجه لفسخ الشفيع له المقتضي لردّه إلى المشتري، حتّى يأخذه منه بالثمن الذي حلف البائع على نفيه كما حلف المشتري على نفي ما ادّعاه البائع، فصار كأنّه مبيع بلا ثمن، فلا وجه لأخذ الشفيع له بعد انفساخه بما عرفت، أو قلنا بأنّ للبائع فسخه بذلك وإن لم ينفسخ قهراً.

لكن في موضع من القواعد ـ بعد أن ذكر أنّ للشفيع فسخ الإقالة والردّ بالعيب ـ قال: «ولو قلنا بالتحالف عند التخالف في قدر الثمن

---

(١) مفتاح الكرامة: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١٨ ص ٦٦١ (بتصرّف).

وفسخنا البيع ، فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع؛ لأخذه منه هنا»[١].

وقال فيها في موضع آخر: «ولو اختلف المتبايعان في الثمن وأوجبنا التحالف أخذه بما حلف عليه البائع؛ لأنّ للبائع فسخ البيع ، فإذا أخذه بما قاله المشتري منع منه ، فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز ، وملك الشفيع أخذه بما قال المشتري ، فإن عاد المشتري وصدّق البائع وقال: كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه؟ الأقرب ذلك»[٢].

قلت: قد ينساق في بادئ النظر: أنّ المتّجه ـ بناءً على الانفساخ قهراً بذلك ، وفرض حصول تمام التحالف بينهما ـ عدم الأخذ بالشفعة؛ لعدم إمكان فسخ الانفساخ المزبور وردّ العين إلى المشتري على وجهٍ يكون دركها عليه؛ لاقتضائه[٣] بطلان ما أفاده القضاء الأوّل بالتحالف.

ودعوى: أنّ الأخذ حينئذٍ يكون من البائع ـ على وجهٍ يكون الدرك عليه ـ خلاف المستفاد من أدلّة الشفعة ، التي مقتضاها الأخذ من المشتري والدرك عليه.

لكن فيه: أنّ التحالف المزبور إنّما يقتضي الفسخ من حينه بين البائع والمشتري ، والفرض سبق تعلّق حقّ الشفعة ، فيتّجه حينئذٍ القول بأنّه

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٣.

(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٤.

(٣) تحتمل المعتمدة بدلها: لاقتضاء.

ج ٣٧ / ٤٣٩

يأخذ بما يقتضيه البيع الأوّل قبل الفسخ ، فيضمن حينئذٍ المشتري قيمة الشقص للبائع ، كما إذا ردّ البائع الثمن بالعيب بعد أن أخذ الشفيع الشقص بشفعته .

ولكنّ مقتضى ذلك الأخذ بما يقوله المشتري حينئذٍ ، لا ما يقوله البائع ، بل مقتضاه حينئذٍ كون الأخذ منه دون البائع؛ ضرورة استحقاق الشفيع الانتزاع منه ، فلا مدخليّة للبائع ، وفائدة تحالفه تكون لضمان المشتري له الشقص ، لا ما ادّعاه من الثمن الذي حلف المشتري على نفيه .

ومن ذلك يظهر لك : أنّه لا وجه لما في جامع المقاصد من أنّ «المتّجه على التحالف : بقاء الدعوى بين الشفيع والبائع ، ويكون كالدعوى بين الشفيع والمشتري»[1] .

ضرورة أنّك قد عرفت أخذ الشفيع من المشتري المعترف بكون الثمن كذلك ، فلا دخل للبائع الذي يرجع في الفرض إلى قيمة الشقص لا إلى الثمن .

كما أنّه يظهر لك النظر فيما سمعته من القواعد ، فتأمّل جيّداً ؛ فإنّ المسألة من المشكلات .

ولا يسهّل الخطب فيها أنّ المشهور بين أصحابنا عدم التحالف ، بل القول قول البائع مع قيام العين والقول قول المشتري مع تلفها ؛ إذ

---

(١) جامع المقاصد: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٦ ص ٤١٦.

يمكن فرضها في صورة التحالف عند الأصحاب، كما إذا كان الاختلاف في جنس الثمن؛ بأن قال البائع: «إنّه كذا حنطةً» مثلاً، وقال المشتري: «إنّه كذا شعيراً»، فإنّه لا ريب في كون الحكم هنا التحالف، ويأتي البحث السابق.

ولتكن عند التأمّل مستحضراً لمدخليّة دفع الثمن في تملّك الشقص، وأنّ الأخذ من المشتري والدرك عليه، وأنّ التحالف إنّما هو في حقّ المتحالفين، وأنّ الشفيع حقّه على المشتري دون البائع، وأنّ الفسخ الطارئ على البيع الصحيح ـ بسبب من المتعاملين أو مطلقاً ـ لا يبطل الشفعة... وغير ذلك، ينفعك في المقام ونظائره، والله العالم والهادي.

ج ٣٧ / ٤٤٠

﴿ومن حيل الإسقاط﴾ ولو بمعنى إيجاد ما يمنع رغبة الشفيع بأخذه، والظاهر عدم الكراهة في ذلك للأصل فضلاً عن الحرمة، اللّهمّ إلّا أن يقال: ـ بعد التسامح ـ بإشعار الأدلّة بها باعتبار مراعاة الشريك، والأمر سهل.

وهي كثيرة، ولكن منها:

﴿أن يبيع بزيادة على[1] الثمن﴾ الذي يبذل في مثله على وجهٍ لا يرغب فيه معها ﴿و﴾ لكن مع المواطأة بينهما على أن ﴿يدفع بـ﴾ ـمقابلة ﴿الثمن﴾ الزائد ﴿عوضاً قليلاً، فإن أخذ الشفيع لزمه

---

(١) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسختي الشرائع والمسالك ـ بدلها: عن.

الثمن الذي تضمّنه العقد، وكذا لو باع بثمن زائد فقبض بعضاً وأبرأه من الباقي﴾ للمواطأة على ذلك.

ولكن لا يخفى أنّ ظاهر المصنّف وغيره[1] لزوم الثمن للمشتري مع المواطأة المزبورة على وجهٍ لو فرض خلف البائع في ذلك استحقّها على المشتري، بل كاد يكون ذلك صريح كلامهم.

لكن في التحرير: «لو خالف أحدهما ما تواطئا عليه، فطالب صاحبه بما ظهر، لزمه في ظاهر الحكم، ويحرم عليه في الباطن؛ لأنّ صاحبه إنّما رضي بالعقد للتواطؤ»[2].

وهو ـ مع ما فيه من صعوبة تصوّر خلف المشتري في المواطأة على وجهٍ يلتزم بسببه في الكثير ـ أنّه لا يطابق ظاهر الأدلّة؛ إذ أقصاه مخالفة الوعد أو ما يشبهه، ولا إثم فيها على الأصحّ فضلاً عن حرمة المال، وتنزيله على الشرط المضمر على وجهٍ يكون للمشتري دون الشفيع كما ترى. نعم لو تواطئا على الإقرار في الظاهر فطالبه البائع مثلاً بذلك كان حراماً عليه في الباطن، ولكنّه غير مفروض المسألة قطعاً.

↑ ج ٣٧ / ٤٤١

والإنصاف: أنّ المسألة محتاجة إلى تنقيح على وجهٍ يظهر منه ما هو المعروف من عدم جواز الصلح عن الحقوق بحيث تؤدّي إلى سقوطها بأمثال هذه الحيل، وله مقام آخر.

---

(١) كالعلّامة في القواعد: الشفعة / في مسقطاتها ج ٢ ص ٢٥٧ ـ ٢٥٨.

(٢) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٩٢.

﴿وكذا﴾ من حيلها على وجهٍ لا يتعلّق حقّها ﴿لو نقل الشقص بغير البيع كالهبة أو الصلح﴾ ونحوهما ممّا لا يتعلّق به حقّ الشفعة؛ لما عرفته سابقاً من أنّ موضوعها انتقال الشقص بالبيع دون غيره من النواقل، وهو واضح.

كوضوح تصوّر أُمور كثيرة للرغبة عنها أو غير ذلك ممّا تقتضي عدم أخذ الشفيع بها، وإن أكثر بعضهم في الأمثلة لذلك[1]، والله العالم.

﴿ولو ادّعى﴾ الشفيع ﴿على﴾ غير﴿ه الابتياع، فصدّقه وقال: نسيت[2] الثمن، فالقول قوله مع يمينه﴾ كما صرّح به الفاضل[3] والشهيدان[4] والكركي[5]؛ لأنّه لا يعلم إلّا من قبله، ولو لم يقبل لزم التخليد في الحبس على تقدير صدقه.

وحينئذٍ ﴿فإذا حلّفه﴾ ويئس من العلم ﴿بطلت الشفعة﴾ بمعنى عدم ترتّب أثر على استحقاقها؛ لتعذّر العلم بالثمن الذي قد عرفت توقّف الأخذ عليه. لكن إن لم يكن إجماعاً أمكن المناقشة في تعجيل القبول منه من دون تبيّن حاله بأنّه مدّعٍ، فإنّ الأصل عدم النسيان.

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تبطل به ج ١٢ ص ٣٦٨، مفتاح الكرامة: الشفعة / في مسقطاتها ج ١٨ ص ٦٩٠.

(٢) في نسخة الشرائع: أنسيت.

(٣) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦١.

(٤) الشهيد الأوّل في الدروس: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٦٧، والشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / ما تبطل به ج ١٢ ص ٣٦٩.

(٥) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٥.

وعلى الأوّل فإن لم يحلف وقضينا بالنكول؛ فإن كان الشفيع يدّعي العلم بقدر معيّن ثبت وأخذ بالشفعة به، وإن لم نقض به حلف الشفيع على ما يدّعيه وأخذ به.

وإن كان لا يدّعي العلم به وإنّما يدّعي علم المشتري، ففي المسالك: «احتمل: عدم سماع الدعوى بعد ذلك؛ لعدم إمكان الحكم بشيء، وإحلاف الشفيع على أنّ المشتري يعلم، وحبس المشتري حتّى يبيّن قدره»[1].

↑ ج ٣٧ / ٤٤٢

قلت: لا يخفى عليك جريان مسألة النكول السابقة هنا أيضاً.

ولو ادّعى الشفيع العلم بالثمن من أوّل الأمر من غير دعوى العلم به على المشتري، وادّعى المشتري النسيان، فهل يثبت بيمين الشفيع هنا؟ ففي جامع المقاصد: «فيه نظر»[2]. قلت: أقواه العدم. ولعلّه كذلك لو صادقه على النسيان، وهو المناسب لإطلاق المصنّف وغيره[3] أنّه إذا حلف على النسيان بطلت الشفعة سواء ادّعى الشفيع العلم به أو لا.

ولو ادّعى المشتري أنّ عدم العلم بالثمن لأنّه كان عرضاً قيميّاً وأخذه البائع وتلف في يده ولا أعلم قيمته، فالقول قوله مع يمينه بلا خلاف ولا إشكال، وكذا لو قال: «أخذه وكيلي ولا أعلم به» أو نحو

---

(١) مسالك الأفهام: (انظره في الهامش قبل السابق).

(٢) الهامش قبل السابق.

(٣) كالعلّامة في القواعد: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦١.

ذلك ممّا هو غير منافٍ للأصل وهو ممكن. ولو لم يقبل منه يلزم تخليده في السجن، والله العالم.

هذا كلّه إذا كان الجواب بنحو ما سمعت.

﴿أمّا لو قال: لم أعلم كمّيّة الثمن﴾ مقتصراً على ذلك ﴿لم يكن جواباً صحيحاً، و﴾ في القواعد[١] والتحرير[٢] وجامع المقاصد[٣] والمسالك[٤]: ﴿كلّف جواباً﴾ صحيحاً ﴿غيره﴾ معلّلاً له في أوّل الأخيرين بإجماله واحتماله، وفي ثانيهما بـ«أنّه مشترك بين أن يكون لا يعلم ابتداءً من حين الشراء، وهو غير مسموع؛ لاقتضائه بطلان البيع، وأن يكون غيره من الوجهين السابقين، فلابدّ من تفصيله، وحينئذٍ فيلزم بجواب مسموع، فإن أصرّ حبس حتّى يجيب».

قلت: قد يناقش بأنّ احتماله للصحّة كافٍ في صحّته، ولا داعي إلى عقوبته بحبسه حتّى يجيب معيّناً له.

﴿و﴾ كيف كان، ففي المتن وغيره[٥] ـ وإن كنّا لم نتحقّقه ـ أنّه ﴿قال الشيخ: يردّ[٦] اليمين﴾ حينئذٍ ﴿على الشفيع﴾ ويقضى على المشتري بما يحلف عليه، أي مع فرض دعوى العلم به، أمّا بدونه فلا؛ لعدم

---

(١) المصدر السابق.

(٢) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٩١.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٥.

(٤) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تبطل به ج ١٢ ص ٣٦٩.

(٥) كتحرير الأحكام: (تقدّم المصدر آنفاً)، ومسالك الأفهام: (الهامش السابق: ص ٣٧٠).

(٦) في نسختي الشرائع والمسالك: تردّ.

إمكان حلفه .

ج ٣٧ / ٤٤٣

نعم ، في المسالك : «لو فرض دعوى الشفيع هنا عدم علمه لكن ادّعى علم المشتري ، حلف على ذلك واُلزم المشتري البيان ، ثمّ إن عيّن قدراً وطابقه عليه الشفيع حكم بمقتضاه ، وإلّا فإشكال»(١) .

قلت : لا يخفى عليك ما في أصل القول المزبور؛ ضرورة كون المتّجه إلزامه بالبيان، لا القضاء بيمين الشفيع كما هو واضح، والله العالم.

﴿المقصد الخامس﴾

﴿في التنازع﴾

﴿وفيه مسائل﴾ :

﴿الأُولى﴾

﴿إذا اختلفا﴾ أي الشفيع والمشتري ﴿في﴾ قدر ﴿الثمن﴾ بعد اتّفاقهما على وقوع الشراء ، فقال المشتري : ألف مثلاً ، وقال الشفيع : خمسمائة ﴿ولا بيّنة، فالقول قول المشتري مع يمينه﴾ عند الشيخين(٢) وسلّار(٣) وأبي الصلاح(٤) والقاضي(٥) وبني زهرة(٦)

---

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / ما تبطل به ج ١٢ ص ٣٧٠.

(٢) المقنعة: كتاب الشفعة ص ٦١٩، النهاية: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٢٣٢ ـ ٢٣٣، المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(٣) المراسم: أحكام الشفعة ص ١٨٣.

(٤) الكافي في الفقه: في الشفعة ص ٣٦٢.

(٥) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٩.

(٦) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٨.

وإدريس[١] وسعيد[٢] والفاضل[٣] والشهيد[٤] وغيرهم[٥]، بل هو المشهور نقلاً[٦] وتحصيلاً[٧]، بل لا يكاد يوجد فيه خلاف إلّا من الإسكافي[٨] وظاهر ثاني الشهيدين في المسالك[٩]، بل في الغنية: الإجماع عليه[١٠].

﴿لأنّه الذي ينتزع الشيء من يده﴾.

ولأنّه الذي هو أعرف بالعقد.

ولأنّه الغارم.

ولأنّه ذو اليد.

ولأنّه الذي يُترك لو ترك.

↑ ج ٣٧ / ٤٤٤

ولأنّ المشتري لا دعوى له على الشفيع؛ إذ لا يدّعي شيئاً في ذمّته

---

(١) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.

(٢) الجامع للشرائع: باب الشفعة ص ٢٧٩.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٢، قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦١، تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٦، إرشاد الأذهان: الشفعة / في الأحكام ج ١ ص ٣٨٧.

(٤) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٧٠، اللمعة الدمشقيّة: كتاب الشفعة ص ١٧٠.

(٥) كالصيمري في غاية المرام: الشفعة / في اللواحق ج ٤ ص ١٢١.

(٦) نقلت الشهرة في الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤١٤، وكفاية الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٥٠.

(٧) انظر الهامش قبل السابق والهوامش التسعة السابقة عليه.

(٨) نقله عنه العلّامة في المختلف: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٧.

(٩) تأتي عبارته لاحقاً.

(١٠) غنية النزوع: في الشفعة ص ٢٣٨.

ولا تحت يده، وإنّما الشفيع يدّعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يعترف به الشفيع والمشتري ينكره، ولا يلزم من قوله: «اشتريته بالأكثر» أن يكون مدّعياً عليه وإن كان خلاف الأصل؛ لأنّه لا يدّعي استحقاقه إيّاه عليه، ولا يطلب تغريمه إيّاه.

لكن مع هذا كلّه مال في المسالك إلى تقديم قول الشفيع وفاقاً للإسكافي، مناقشاً في بعض الأدلّة السابقة في الأوّل، فـ[1]«منع كون المالك لا تزال يده عن ملكه إلّا بما يدّعيه، فقد يقدّم قول المنكر في كثير في البيع وغيره، خصوصاً مع تلف العين. وتخصيص هذا بما إذا كانت العين باقية ليكون كتقديم قول البائع في الثمن مع بقاء العين، فيه: ـ مع كونه تخصيصاً لمدّعى[2] القائل بغير رضاه ـ أنّ تقديم قول البائع حينئذٍ ليس لهذه العلّة، بل لرواية[3] وردت في ذلك كما تقرّر في بابه، ومن ثمّ خالف فيه جماعة واطّرحوا الرواية إمّا لضعف سندها أو لمخالفتها للأُصول وقدّموا قول المشتري مطلقاً أو حكموا بالتحالف... إلى غير ذلك من الاختلاف. وتعدية الرواية إلى موضع النزاع ـ مع تسليمها في موردها ـ قياس لا يقولون به»[4].

وفي الثاني بـ«أنّ النزاع ليس في العقد؛ لاتّفاقهما معاً على وقوعه

---

(١) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: بـ.

(٢) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: لدعوى.

(٣) وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب أحكام العقود ح ١ ج ١٨ ص ٥٩.

(٤) مسالك الأفهام: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٢ ـ ٣٧٣.

صحيحاً واستحقاق الشفعة به، وإنّما النزاع في القدر الواجب على الشفيع دفعه إلى المشتري من الثمن، فالمشتري يدّعي زيادته عمّا يدّعيه الشفيع والشفيع ينكره، فيكون المشتري هو المدّعي والشفيع هو المنكر»[١].

ثمّ اعترض على نفسه بـ«أنّ العقد لا يتشخّص إلّا بالثمن المعيّن، فيكون الاختلاف فيه في قوّة الاختلاف في العقد؛ لأنّ المتشخّص منه بالألف غير المتشخّص منه بالخمسمائة، فيرجع إلى الاختلاف في العقد، وهو أعلم به؛ لأنّه من فعله دون الشفيع»[٢].

↑ ج ٣٧ / ٤٤٥

وأجاب بـ«أنّ القدر من العقد الواقع على الشقص مع كون الخمسمائة لازمة أمر متّفق عليه، وإنّما النزاع فيما زاد على ذلك، وهو راجع إلى دعوى المشتري وإنكار الشفيع، على أنّ هذا لو تمّ لزم تقديم مدّعي الزيادة في كلّ معاوضة سواء كانت العين باقية أم لا، وهم لا يقولون به»[٣].

ثمّ اعترض على هذا بـ«أنّ عقد البيع مثلاً إنّما يقوم بالمتعاقدين، فليس أحدهما أولى من الآخر؛ فلذا لم يقدّم قول مدّعي الزيادة مطلقاً، بخلاف الشفيع الذي هو خارج ويريد انتزاع العين بما يدّعيه ممّن كان العقد عقده»[٤].

---

(١) المصدر السابق: ص ٣٧١.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق: ص ٣٧١ ـ ٣٧٢.

(٤) المصدر السابق: ص ٣٧٢.

وأجاب بـ«فرض وقوع العقد مع البائع ووكيل المشتري أو بالعكس ثمّ تنازعا من دون حضور الوكيل، فيلزم تقديم قول من وقع العقد معه، ولا يقول به الخصم»[١].

إلى أن قال[٢]: «وبالجملة: فمرجع التقديم إلى كونه منكراً والآخر مدّعياً نظراً إلى الخبر[٣]، أمّا غيره من الاعتبارات فلا التفات إليها من الشارع، وإنّما هي مناسبات لا تفيد العلّة»[٤].

وفي الأخير بـ«أنّه ـ مع منافاته لظاهر الخبر ـ لا يتمّ بعد أخذ الشفيع بالشفعة إمّا برضا المشتري بتأخير الثمن في ذمّته أو مطلقاً بناءً على أنّ أخذه المعتبر في التملّك بذله الثمن المتّفق على لزومه لذمّته لا ما يدّعيه المشتري، فإذا أخذ الشفيع بما اعترف به ملك الشقص وبقي النزاع بينه وبين المشتري في القدر الزائد، ولو كان ملكه متوقّفاً على إعطاء المشتري ما يدّعيه لزم إمكان دفعه عن التملّك بسهولة، كدعوى قدر كثير لا يسمح به الشفيع من غير أن يثبته المشتري، وعموم الأدلّة تنفيه»[٥].

ولا يخفى عليك ما في كلامه الأخير؛ ضرورة عدم اقتضاء اتّفاقهما

↑ ج ٣٧ / ٤٤٦

(١) المصدر السابق (بتصرّف).

(٢) كأنّه لا حاجة إلى هذه الجملة؛ إذ لا فاصلة بين ما قبلها وما بعدها في المصدر.

(٣) تقدّم في ص ٣٤٧.

(٤) مسالك الأفهام: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٢.

(٥) المصدر السابق: ص ٣٧٣.

على لزومه كونه الثمن الذي وقع عليه العقد، فكيف يتصوّر تملّكه به مع عدم ثبوت كونه ثمناً؟! ومجرّد دعواه لا تثبته، وأصالة عدم الزيادة لا تصلح لإثبات كون الثمن هو الناقص.

نعم، لو فرض اتّفاقهما على الثمن، وأخذ الشفيع برضا المشتري بكونه في ذمّته، ثمّ اختلفا فيه بعد ذلك، أمكن تصوّره حينئذٍ. لكنّه ـ مع أنّ فيه ما فيه إذا فرض إبراز كيفيّة الدعوى بينهما في تشخيص ما اتّفقا عليه سابقاً من الثمن ـ أيضاً خارج عن محلّ النزاع الذي هو اختلافهما ابتداءً فيه.

ومن هنا يعلم أيضاً ما في تفصيل صاحب الكفاية ـ الذي تصيّده من هذه العبارة وعبارة الكركي[١] ـ بين وقوع النزاع قبل الأخذ وبينه بعده، فيقدّم قول المشتري في الأوّل والشفيع في الثاني[٢]، مضافاً إلى ما في الرياض من أنّه خرق للإجماع المركّب[٣].

وأمّا ما ذكر من المنافاة للخبر، ففيه: أنّه لا يقتضي كون الشفيع هو المنكر؛ ضرورة أنّه إن كان مبناه الرجوع إلى العرف، فلا ظهور فيه بأنّه المنكر دون المشتري إن لم يكن العكس. ومنه يعلم ما في قوله: «وبالجملة...» إلى آخره.

---

(١) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٠.

(٢) كفاية الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٥٠.

(٣) رياض المسائل: الشفعة / في اللواحق ج ١٤ ص ١٠٤.

وأغرب من ذلك قوله في الجواب عن المناقشة الأُولى: «القدر في العقد الواقع على الشقص مع كون الخمسمائة لازمة أمر متّفق عليه...» إلى آخره؛ ضرورة أنّه لا اتّفاق بينهما بعد فرض كون النزاع بينهما في شخصيّ العقد الذي لا قدر مشترك بينهما، فإنّ الخمسمائة في ضمن الألف غيرها مستقلّةً ثمناً، فكيف يمكن حصول قدر متيقّن بينهما والنزاع في غيره؟! فليس هما إلّا متباينان، وما بينهما من الاتّفاق الانتزاعي لا مدخليّة له في تشخيص كونه ثمناً، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

ج ٣٧ / ٤٤٧

ومنه ينقدح أنّه يتوجّه كون كلّ منهما مدّعٍ[1] بالنسبة إلى ذلك؛ لمخالفتهما للأصل، كما ذكرناه فيما لو اختلف المتعاقدان وقد أبرزا الدعوى في تشخيص العقد، فضلاً عن المقام الذي عنوان الحكم فيه نصّاً وفتوى: الثمن الذي وقع عليه شخص العقد، ولا ريب في عدم حجّيّة قول أحد منهما في ذلك.

نعم، يتوجّه اليمين للشفيع على المشتري في نفي ما ادّعاه من الثمن، كما أنّه قد يقال بتوجّه اليمين للمشتري عليه أيضاً في نفي ما ادّعاه، مع احتمال عدمه؛ لأنّه لا فائدة فيه بعد وقوع اليمين منه.

ولكن على كلّ حال لا يثبت بذلك أنّ الثمن هو ما ذكره أحدهما إلّا مع ردّ اليمين من أحدهما، وإلّا فمع عدمه ينتفي ما ذكره كلّ واحد منهما، إلّا أنّه لا طريق متيقّن لتملّك الشفيع الشقص إلّا بدفع ما يقوله

(١) الأولى التعبير بـ «مدّعياً».

المشتري؛ لأصالة عدم الانتقال، وليس ذلك منهما مؤدّياً إلى جهالة الثمن التي قد عرفت اقتضاءها عدم الشفعة؛ ضرورة العلم به لكلّ منهما وإن اختلفا في قدره، فمع دفع الشفيع ما يدّعيه المشتري يتوجّه له التملّك؛ لأنّه ثمن على التقديرين، وليس في الأدلّة ما يقتضي منع التملّك مع دفع الزيادة على الثمن المعلوم عند الدافع، نعم حكمها الحرمة على المشتري مع كذبه وحلّها له مع صدقه، وهو أمر آخر.

وهو جيّد، لكن لم أعثر عليه قولاً لأحد منّا بل ولا احتمالاً، وإن وافق المشهور في النتيجة، وهو الأخذ بما يدّعيه المشتري إلّا أنّه ليس لثبوت كونه ثمناً بقوله ولكن لا يقين بملك الشفيع بدونه، وليس في شيء من الأُصول ـ بل ولا ما ذكرناه من أدلّة المشهور ـ ما يقتضي كون قول المشتري بيمينه من الطرق الشرعيّة لإثبات كونه الثمن الذي وقع عليه شخص العقد.

ج ٣٧ / ٤٤٨

ولكن ـ مع ذلك كلّه ـ لا محيص عن العمل بالمشهور، المحكي عليه الإجماع في الغنية[١]، الذي تطمئنّ النفس هنا بصوابه، والله العالم.

هذا كلّه مع عدم البيّنة لكلّ منهما ﴿و﴾ إلّا ففي محكيّ المبسوط[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤]: أنّه ﴿إن أقام أحدهما بيّنة قضي له﴾.

---

(١) تقدّم المصدر في أوّل هذا الفرع.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٢٩١.

(٤) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٦.

وهو كذلك بناءً على ما ذكرناه من أنّ كلّاً منهما مدّعٍ، أمّا على المشهور فقد يشكل سماع بيّنة المشتري الذي هو منكر وفرضه اليمين، وقد ذكرنا في كتاب القضاء[١] أنّه لا تندفع اليمين عنه بإقامة البيّنة.

وعن حواشي الشهيد: «أنّ الأقرب القبول، وإن كان في دفع اليمين عن المنكر بالبيّنة في غير هذه الصورة تردّد، ووجه الفرق: أنّه يدّعي دعوى محضة وقد أقام بها بيّنة، فتكون مسموعة»[٢].

وفيه شهادة على ما ذكرناه سابقاً من كون المشتري مدّعياً، ومن هنا أشكله في جامع المقاصد[٣] والمسالك[٤]، بل في الأوّل منهما: «أنّه لا يخلو من تدافع».

قلت: قد يقال: إنّ تقديم بيّنة المشتري عند القائل به ليس لكونه منكراً صرفاً، بل هو مدّعٍ، إلّا أنّ قوله مقبول فيما ادّعاه على وجهٍ يقدّم على الشفيع، كالودعي الذي يدّعي الردّ مثلاً، فإنّ قبول قوله بيمينه لا يمنع من قبول بيّنته لكونه مدّعياً، وليس كلّ من قُبل قوله بيمينه منكراً، بل لعلّ بعض ما سمعته من أدلّة القائلين بتقديم قول المشتري كالصريح في ذلك.

وبذلك يظهر لك ما في دعوى بعضٍ[٥] من أنّ ما في

---

(١) في ج ٤١ ص ٦١٣...

(٢) الحاشية النجّاريّة (موسوعة الشهيد الأوّل): ص ٣٤٠.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦١.

(٤) مسالك الأفهام: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٤.

(٥) كالمقداد في التنقيح: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٩٦.

↑ الخلاف[١] والمبسوط[٢] من أنّه «لو أقام كلّ منهما بيّنة حكم ببيّنة المشتري» يوافق ما سمعته من الإسكافي من أنّ المنكر الشفيع، وإلّا لم تقدّم بيّنة المشتري الذي هو الداخل، مع أنّه يمكن أن يكون ذلك لأنّ مذهبه تقديم بيّنة الداخل كما حكي عنه[٣].

ج ٣٧ / ٤٤٩

إلّا أنّ ما ذكرناه أوّلاً أولى، كما يشهد له ما عن الخلاف: من تعليل تقديمه بأنّه مدّعي الزيادة[٤]، فيكون الوجه في تقديم بيّنته أنّه كان يقدّم قوله بدونها فمعها أولى. ولا أقلّ من تعارض البيّنتين من المدّعيين، إلّا أنّه يرجّح بيّنة المشتري بتقديم قوله بدونها، فيقوى جانبه بذلك.

ومن هنا يظهر لك ضعف ما تسمعه من قول المصنّف: «وفيه احتمال للقضاء ببيّنة الشفيع؛ لأنّه الخارج» بل في قواعد الفاضل[٥] وجامع المقاصد[٦] ومحكيّ السرائر[٧] والتذكرة[٨] والكفاية[٩]: «أنّه الأقرب» بل

(١) الخلاف: الشفعة / مسألة ٦ ج ٣ ص ٤٣١.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(٣) مفتاح الكرامة: الشفعة / في التنازع ج ١٨ ص ٧٣٦.

(٤) انظر قبل ثلاثة هوامش: ص ٤٣٢.

(٥) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦١.

(٦) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦١.

(٧) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩١ ـ ٣٩٢.

(٨) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٢٩١ ـ ٢٩٢.

(٩) كفاية الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ١ ص ٥٥٠.

عن الفخر الميل إليه[١].

ولعلّه لتقديم بيّنة الخارج بناءً على أنّه الشفيع والداخل المشتري، وإن كان فيه ما عرفت من احتمال منع كونه من ذلك؛ لأنّ كلّاً منهما مدّعٍ وإن قدّمنا قوله مع عدم البيّنة على حسب ما عرفت.

ولذلك قال في المختلف ـ بعد أن اختار تقديم بيّنة المشتري ـ: «وهذا بخلاف الداخل والخارج؛ لأنّ بيّنة الداخل يمكن أن تستند إلى اليد؛ فلهذا قدّمنا بيّنة الخارج، وفي صورة النزاع البيّنة تشهد على نفس العقد كشهادة بيّنة الشفيع»[٢].

ومراده في الحقيقة ما ذكرناه من أنّ كلّاً منهما مدّعٍ، وإن قدّم قوله مع عدم البيّنة للإجماع المزبور ونحوه، بل هو مرجّح لبيّنته لا أنّه يكون به منكراً.

وحينئذٍ فمناقشة الكركي[٣] وثاني الشهيدين[٤] له «بأنّ تقديم بيّنة الخارج عند القائل به ليس لذلك فقط، بل لقوله صلى الله عليه وآله: (البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر)[٥] والخارج مدّعٍ» في غير محلّها بعد ما عرفت.

↑ ج ٣٧ / ٤٥٠

---

(١) إيضاح الفوائد: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٢٣.

(٢) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٧.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٢.

(٤) مسالك الأفهام: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٤.

(٥) تقدّم في ص ٣٤٧.

بل إليه يرجع ما عن الخلاف : من تعليل تقديمه بأنّ المشتري يدّعي زيادة الثمن والشفيع ينكره[١]، أي فهو بحكم المنكر ولو من وجه ، نعم يحكى عن مبسوطه التعليل : بأنّه داخل فتقدّم بيّنته[٢].

وكيف كان ، فلا يخفى ما في كلامهم من التشويش ، وسببه عدم تنقيح الأمر أوّلاً ، والتحقيق ما عرفت من كونهما مدّعيين على الوجه الذي ذكرناه ، فتأمّل جيّداً.

ولعلّه لذا كان المحكي عن جامع الشرائع القول بالقرعة هنا[٣]؛ إذ ليس إلّا لأنّ تنازعهما في العقد ، ولا داخل ولا خارج إذ لا يد لهما ، فصارا كالمتنازعين في عين في يد غيرهما ، فتجب القرعة كما اعترف بذلك في المختلف[٤].

وإن ناقشه في جامع المقاصد بـ «أنّ تنازعهما في استحقاق العين بالثمن المخصوص ، وبأنّ القرعة في الأمر المشكل الذي لم يدلّ النصّ على حكمه ، وما نحن فيه ليس كذلك»[٥] أي باعتبار قوله صلى الله عليه وآله : «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر» .

لكن فيه : ما عرفت من احتمال عدم كونه منكراً عنده ، بل مدّعٍ قُدّم

---

(١) الخلاف: الشفعة / مسألة ٦ ج ٣ ص ٤٣٢.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(٣) الجامع للشرائع: باب الشفعة ص ٢٧٩.

(٤) مختلف الشيعة: المتاجر / في الشفعة ج ٥ ص ٣٤٧.

(٥) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٢.

قوله لكونه أعرف بالعقد أو نحو ذلك، وأنّه باعتبار التنازع في التشخيص صار دعوى كلّ منهما مباينة للأُخرى ليس بينهما قدر مشترك متّفق عليه كما أوضحناه سابقاً. نعم، يتّجه عليه: أنّه لا إشكال مع الترجيح بما عرفت، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فقد صرّح الشيخ[١] والفاضل[٢] والكركي[٣] والشهيدان[٤] على ما حكي عن بعضهم بأنّه ﴿لا تقبل شهادة البائع لأحدهما﴾ بل لا أجد فيه خلافاً صريحاً.

↑ ج ٣٧ / ٤٥١

نعم، يحكى عن السرائر: أنّه اقتصر على عدم قبول شهادته للشفيع؛ لأنّه يدفع عن نفسه ضرر الدرك[٥]، وربّما أشعر بقبولها للمشتري، لكن لم أجد من حكاه.

وفي قواعد الفاضل[٦] والدروس[٧]: «أنّه يحتمل القبول على الشفيع مع القبض، وله بدونه»، بل قيل: «قد استحسنه في التذكرة، وقوّاه في

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦١، تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٢٩١، تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٦.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٢ ـ ٤٦٣.

(٤) الشهيد الأوّل في الدروس: الشفعة / درس ٢٧٤ ج ٣ ص ٣٧٥، والشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٤ ـ ٣٧٥.

(٥) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩١.

(٦) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦١.

(٧) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٤ ج ٣ ص ٣٧٥.

الحواشي ، وكأنّه مال إليه في الإيضاح»[١].

وعلى كلّ حال ، ففي جامع المقاصد[٢] والمسالك[٣]: تعليل عدم القبول مطلقاً بأنّها تجرّ نفعاً على التقديرين ، وهو استحقاق الثمن الكثير وبدله إن ظهر مستحقّاً أو ردّ العين إن شهد للمشتري ، بل ربّما كان له غرض بعود المبيع إليه بفسخ المشتري إذا علم بالعيب أو الغبن ويخشى فوات ذلك بأخذ الشفيع فينفّره من الأخذ بكثرة الثمن ، والتخلّص من ضمان درك الزيادة لو شهد للشفيع ، بل ربّما حاول بذلك إسقاط خيار الغبن أو قلّة الأرش لو ظهر المبيع معيباً ، بل ربّما كان عالماً بالعيب ويتوقّع المطالبة بأرشه ، وربّما خاف ردّ المشتري له بالعيب أو الغبن دون الشفيع ، فيرغّبه في الأخذ بتقليل الثمن .

إلى غير ذلك ممّا لا يخفى ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه في كتاب الشهادات[٤].

بل ذكروا فيها ما يعلم منه عدم كون المقام من ردّ الشهادة بجرّ النفع ، الذي هو عندهم ما يكون الشاهد به مدّعياً كشهادة الشريك لشريكه ونحو ذلك ، بل لا جرّ نفعٍ بعد إقرار المشتري بالثمن .

نعم ، ما نحن فيه من كون الشاهد متّهماً ، لكن قد ذكرنا عدم ردّها

---

(١) مفتاح الكرامة: الشفعة / في التنازع ج ١٨ ص ٧٤٢.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٣.

(٣) مسالك الأفهام: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٥.

(٤) في ج ٤٢ كتاب الشهادات / الطرف الأوّل (الوصف الخامس).

بمطلق التهمة، بل التهمة المخصوصة المستفادة من الأدلّة.

ولعلّه لذا قال بعض المعاصرين: إنّ الأقوى القبول مطلقاً[١]، ولكنّه مخالف لمن عرفت. ويمكن الاستدلال له بما عن المبسوط من تعليله: بأنّها شهادة على فعله[٢]، والمنساق من إطلاق الأدلّة خلافه.

↑ ج ٣٧ / ٤٥٢

وأمّا احتمال التفصيل المزبور المستفاد من السرائر فلا وجه معتدّ به له، كالتفصيل الذي سمعته من الفاضل، ولعلّ الأولى عدم القبول مطلقاً، والله العالم.

وكيف كان، فقد ظهر لك ممّا ذكرنا تفصيل الحال في الصور الأربعة، وهي: عدم البيّنة، أو البيّنة للمشتري، أو للشفيع ﴿و﴾ الرابعة التي هي ﴿لو أقام كلّ[٣] منهما بيّنة﴾ وأنّ الأولى فيه ما ذكره المصنّف من أنّه ﴿حكم ببيّنة المشتري، و﴾ إن كان ﴿فيه احتمال للقضاء ببيّنة الشفيع لأنّه الخارج﴾ لكن قد عرفت تفصيل الحال فيه، والله العالم.

﴿ولو كان الاختلاف بين المتبايعين﴾ في قدر الثمن ﴿ولأحدهما بيّنة حكم بها﴾ بلا خلاف ولا إشكال بناءً على التحالف مع عدمها.

أمّا على القول بتقديم قول المشتري مطلقاً، فيشكل سماع بيّنته

---

(١) مفتاح الكرامة: الشفعة / في التنازع ج ١٨ ص ٧٤٢.

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(٣) في نسخة الشرائع بعدها إضافة «واحد» مجعولةً في نسخة المسالك بين معقوفتين.

ـ على وجهٍ يسقط عنه اليمين ـ بما عرفت من أنّه منكر ووظيفته اليمين.

بل وعلى المشهور من أنّ القول قول البائع مع بقاء السلعة والمشتري مع تلفها، بناءً على أنّ كلّ من كان القول قوله كان هو المنكر، فلا تسمع منه البيّنة لأنّ عليه اليمين، فيشكل حينئذٍ سماعها من البائع مع البقاء ومن المشتري مع التلف.

لكن قد عرفت ما يعرف منه الجواب عن ذلك، كما أنّه قد تقدّم في كتاب البيع[1] تحقيق الحال في المسألة بجميع أطرافها.

﴿و﴾ منه ما ﴿لو كان لكلّ منهما بيّنة﴾ وإن ﴿قال الشيخ﴾ في المبسوط[2]: ﴿الحكم فيها﴾ حينئذٍ ﴿بالقرعة﴾ عندنا التي هي لكلّ أمر مشتبه، ومنه هذا.

↑ ج ٣٧ / ٤٥٣

﴿و﴾ لكن ﴿فيه إشكال؛ لاختصاص القرعة بموضع اشتباه الحكم﴾ كما اعترف به ﴿ولا اشتباه مع الفتوى﴾ من المشهور[3] ﴿بـ﴾ ـالخبر المزبور[4] المتضمّن ﴿أنّ القول قول البائع مع يمينه مع بقاء السلعة، فتكون البيّنة﴾ هنا ﴿بيّنة المشتري﴾ كما صرّح به

---

(١) في ج ٢٤ ص ٣٤٤ ...

(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

(٣) كما في مسالك الأفهام: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٦.

(٤) تقدّمت الإشارة إليه من دون نقل لفظه في ص ٦٦٩، وقد ذكرنا المصدر هناك.

الفاضل[١] والكركي[٢] والشهيد في المحكي من حواشيه[٣]، واستحسنه في المسالك[٤]، بل قيل: «إنّه قضيّة كلام التذكرة والإيضاح»[٥]؛ إذ الفرض بقاء العين التي يأخذها الشفيع، فيكون هو الخارج الذي تقدّم بيّنته بناءً على القول به.

بل ربّما تجشّم ـ لكون البائع منكراً من غير جهة قبول قوله ـ: «إنّه لمّا عيّن السبب وشخّصه بوقوع الثمن على الزائد، لم يكن معترفاً بالملك مطلقاً، بل على ذلك الوجه الذي إن ثبت ثبت به الثمن المخصوص، فيكون منكراً لما يدّعيه المشتري، فوجب عندهم تقديم بيّنة المشتري»[٦]. وإن كان هو كما ترى.

نعم، في الإيضاح: «إنّ بيّنة المشتري مقدّمة ولو قلنا بالتحالف مع عدم البيّنة؛ لأنّها مخالفة لأصلين: انتقال الملك ورضا البائع بهذا العوض، وبيّنة البائع تخالف أصلاً، وهو عدم رضا المشتري بالزيادة»[٧] أي فيكون المشتري هو الخارج الذي تقبل بيّنته.

مع أنّه يمكن أن يناقش أيضاً بـ«أنّه مع اعتبار الأصلين لا معنى

---

(١) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٦.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٣.

(٣) الحاشية النجّاريّة (موسوعة الشهيد الأوّل): ص ٣٤٠.

(٤) مسالك الأفهام: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٧.

(٥) مفتاح الكرامة: الشفعة / في التنازع ج ١٨ ص ٧٤٣ ـ ٧٤٤.

(٦) المصدر السابق: ص ٧٤٤ ـ ٧٤٥.

(٧) إيضاح الفوائد: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٢٤ (بتصرّف في صدر العبارة).

للتحالف، بل يتعيّن حلف المشتري، وإلّا فلا معنى لترجيح بيّنته بهما»[١].

بل ناقشه في جامع المقاصد بـ«أنّ أصالة عدم انتقال الملك إليه قد زالت باعتراف البائع بحصول البيع الناقل للملك»[٢]. وإن كان قد يدفع[٣]: بإمكان إرادة أصالة عدم انتقال الملك إلّا بما يقوله مالكه.

ج ٣٧ / ٤٥٤

لكنّ التحقيق: مع إبرازهما الدعوى على وجهٍ يكون كلّ منهما مدّعياً ومنكراً يتّجه قول الشيخ بالقرعة مع عدم الترجيح[٤]. وزيادة مخالفة الأُصول ـ على فرض تسليمها ـ لا تقتضي جعله مدّعياً بحيث ترجح بيّنته على الآخر.

وإن أبرزاها على وجهٍ يكون البائع مدّعياً والمشتري منكراً ـ أو بالعكس إن أمكن فرضه ـ بني على مسألة ترجيح بيّنة الداخل والخارج، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فعن قضيّة كلام المبسوط[٥] أنّه ﴿إذا قضي بالثمن تخيّر الشفيع في الأخذ بذلك وفي الترك﴾ حتّى في صورة عدم البيّنة لأحدهما وحلف البائع ـ باعتبار أنّ القول قوله؛ لقيام العين

---

(١) مفتاح الكرامة: الشفعة / في التنازع ج ١٨ ص ٧٤٦.

(٢) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٤.

(٣) المصدر قبل السابق.

(٤) تقدّم المصدر أوّل هذا الفرع.

(٥) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١١٠.

التي يريد الشفيع أخذها ـ فضلاً عن صورة ما لو أقام بيّنة بذلك بناءً على قبولها منه .

ووجهه : أنّه الثمن شرعاً ، والشفيع إنّما يأخذ به ، بل قيل : «إنّه لو أوجب الشارع غيره أو أجازه لتضادّ الحكمان»[١] وقد قال عليه‌السلام : «لا يحكم في قضيّة بحكمين مختلفين»[٢] . وإن كان فيه : أنّ ذلك كذلك مع اتّحاد الحكم والمحكوم عليه وله ، بخلاف المقام الذي المحكوم عليه المشتري والمحكوم له الشفيع .

بل قد يناقش في الأوّل أيضاً في صورة الحلف : بأنّه إنّما يثبت الثمن في حقّ المشتري دون غيره ، بل وفي صورة البيّنة أيضاً بعد تكذيب المشتري لها الذي يأخذ الشفيع منه .

ومن هنا كان خيرة الفاضل[٣] وولده[٤] والشهيدين[٥] والكركي[٦] الأخذ بما يدّعيه المشتري مطلقاً؛ لأنّ الشفيع إنّما يأخذ منه ويدفع إليه

---

(١) إيضاح الفوائد: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٢٤.

(٢) التاج والإكليل: ج ٨ ص ٦٧، مواهب الجليل: ج ٨ ص ٧٣، المحصول: ج ٥ ص ٣٩٠، مفتاح الكرامة: الشفعة / في التنازع ج ١٨ ص ٧٤٨، وينظر كنز العمّال: ح ١٥٠٤١ ج ٦ ص ١٠٣.

(٣) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦١، إرشاد الأذهان: الشفعة / في الأحكام ج ١ ص ٣٨٧.

(٤) إيضاح الفوائد: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٢٤.

(٥) الشهيد الأوّل في الدروس: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٧٠، والشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٧.

(٦) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٤.

الثمن، وهو يزعم أنّ البائع ظالم بأخذ الزائد، فلا يظلم هو الشفيع فيه بعد الإقرار منه النافذ في حقّه.

ج ٣٧ / ٤٥٥

بل عن الفاضل[1] والشهيد[2] التصريح بذلك حتّى لو رجع إلى قول البائع وقال: «كنت ناسياً» إلّا أن يصدّقه الشفيع.

ولكن قد يقال: بناءً على اعتبار دفع الثمن الواقعي من الشفيع في التمليك ـ والفرض عدم علم الشفيع، وعدم ثبوت الواقع منه بقول المشتري خاصّة ـ يتّجه توقّف الحكم بتملّك الشفيع على دفع الثمن الواقع، وليس إلّا ما يقوله البائع، خصوصاً مع إقامة البيّنة التي فرض قبولها منه.

ومجرّد اعتراف المشتري بكون الثمن كذلك لا يثبت الواقع، نعم مع مصادقة الشفيع له على ذلك يتّجه الحكم بالتملّك، لا لثبوت ذلك واقعاً، بل لكون الحقّ منحصراً فيهما، فمع اتّفاقهما عليه يحكم بالملك.

بخلاف ما إذا انفرد المشتري، فإنّ الإقرار في حقّه لا يصيّر كون الثمن كذلك على وجهٍ يحكم بحصول الملك للشفيع، المعتبر فيه دفع الثمن في نفس الأمر على وجهٍ لو رضي الشفيع[3] بالأقلّ لم يملك بإنشاء الأخذ، إلّا إذا ثبت في ذمّته ثمّ يبرئه المشتري منه.

وحينئذٍ ففي المقام لا يحكم بتملّكه الشقص إلّا بدفع ما يعلم كونه

---

(١) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٦.

(٢) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٢ ج ٣ ص ٣٧٠.

(٣) الأولى التعبير بدلها بـ«المشتري».

الثمن ، وإن كان لا يجوز للمشتري مطالبته بالزائد ، بل ولا يملكه إن كان في نفس الأمر صادقاً ، ولعلّه إلى هذا نظر المصنّف والشيخ .

ولكن مع ذلك فيه ما فيه؛ باعتبار أنّ العين في يد المشتري ، وهو مقرّ للشفيع باستحقاق انتزاعها منه بكذا ، فلا يلزم بغيره .

ثمّ إنّ الظاهر عدم الفرق في المسألة : بين الاختلاف في قدر الثمن ، وبين الاختلاف في قيمته لو فُرضا عرضاً وقلنا بالشفعة به وقد تلف؛ لجريان جميع ما سمعته فيه .

↑ ج ٣٧ / ٤٥٦

لكن في القواعد ـ بعد أن جزم بأنّ القول قول المشتري في الأوّل ـ قال هنا : «قدّم قول المشتري على إشكال»[1] . ولم يظهر لنا وجه معتدّ به له .

ولو اختلفا في الغرس والبناء ، فقال المشتري : «أنا أحدثته» وأنكر الشفيع ، قدّم قول المشتري؛ لأنّه ملكه ، والشفيع يطلب تملّكه عليه ، فالأصل عدم تعلّق حقّه به ، والله العالم .

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿قال في الخلاف[2]﴾ ومحكيّ المبسوط[3] : ﴿إذا ادّعى أنّه باع نصيبه من أجنبي، فأنكر الأجنبي، قضي بالشفعة للشريك

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦١.

(٢) الخلاف: الشفعة / مسألة ٣٤ ج ٣ ص ٤٥١.

(٣) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٣٥ ـ ١٣٦.

بظاهر الإقرار﴾.

﴿و﴾ لكن ﴿فيه تردّد﴾ وخلاف ﴿من حيث وقوف الشفعة على ثبوت الابتياع﴾ ولم يحصل، بل قد انتفى بيمين الأجنبي.

﴿ولعلّ الأوّل أشبه﴾ عند المصنّف بأُصول المذهب ـ التي منها: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[١] ـ وفاقاً للفاضل[٢] والشهيدين[٣]، والكركي[٤]؛ للإقرار المزبور الذي لا ينافيه عدم نفوذه في حقّ المشتري بعد إنكاره له، والشفعة تتبع البيع ولو الحاصل بالإقرار الذي هو أحد الطرق في ثبوته ولو بالنسبة للمقرّ؛ ولذا لو صدّقه المشتري ثبتت الشفعة بمجرّد الإقرار.

ولكن بالغ الحلّي في إنكار ذلك فقال: «إنّ الذي تقتضيه أُصول أصحابنا ومذاهبهم: أنّ الشفعة لا تستحقّ إلّا بعد ثبوت البيع، ويستحقّها ويأخذها من المشتري دون البائع، والبيع ما صحّ ولا وقع ظاهراً، ولا يحلّ لحاكم أن يحكم بأنّ البيع حصل وانعقد، فكيف يستحقّ

---

(١) عوالي اللآلي: الفصل التاسع من المقدّمة ح ١٠٤ ج ١ ص ٢٢٣، وسائل الشيعة: باب ٣ من كتاب الإقرار ح ٢ ج ٢٣ ص ١٨٤، مستدرك الوسائل: باب ٢ من كتاب الإقرار ح ١ ج ١٦ ص ٣١.

(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦١، تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٣.

(٣) الشهيد الأوّل في الدروس: الشفعة / درس ٢٧٤ ج ٣ ص ٣٧٤، والشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٧ ـ ٣٧٨.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٦ ـ ٤٦٧.

ج ٣٧ / ٤٥٧

الشفعة في بيع لم يثبت عند الحاكم؟! وكيف يأخذها من البائع؟! وأيضاً: الأصل أن لا شفعة، فمن أثبتها احتاج إلى دليل قاطع، وهذه المسألة حادثة نظريّة لا يرجع فيها إلى قول المخالفين...»[1] إلى آخره.

وهو في غاية الجودة، خصوصاً بعد ما سمعته منّا:

من عدم ثبوت البيع بإقرار المشتري مع البائع فضلاً عن البائع خاصّة.

ومن مخالفة الشفعة للأصل التي ينبغي الاقتصار فيها على المتيقّن فضلاً عمّا كان المنساق من الأدلّة خلافه.

ومن الإجماع بقسميه[2] على أنّ الشفيع يأخذ من المشتري على وجهٍ يكون دفع الثمن جزءَ مملّك.

ومعلوميّة عدم ثبوت الموضوع بالإقرار الذي هو حجّة على المقرّ نفسه، لا أنّه يثبت موضوعاً علّق الشارع عليه حكماً. والأخذ بالشفعة مع التصادق بين الشفيع والمشتري ليس لثبوت الموضوع، بل لأنّ الحقّ منحصر فيهما وقد اعترفا به.

ولا يبعد هنا مع فرض تصادق الشفيع مع البائع أن يكون له الأخذ

---

(١) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٤.

(٢) تقدّم نقل الإجماعات على ذلك في ص ٥٣٧ ـ ٥٣٨.

وصرّح بالحكم في المقنعة: كتاب الشفعة ص ٦٢٠، والخلاف: الشفعة / مسألة ٢٤ ج ٣ ص ٤٤٧، والوسيلة: باب الشفعة ص ٢٥٩، وقواعد الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٢ ص ٢٥٣، واللمعة الدمشقيّة: كتاب الشفعة ص ١٧٠.

مع دفع الثمن للحاكم؛ بناءً على عموم ولايته لمثل هذا. ودعوى: ثبوت البيع في حقّ الشفيع لو صدّق البائع المشتري، قد عرفت ما فيها سابقاً.

ومن الغريب ما في المسالك وغيرها[1] من أنّه «إن أقرّ البائع بقبض الثمن دفعه الشفيع للحاكم؛ لأنّه مستحقّ عليه ولا يدّعيه أحد، وإلّا كان للبائع أخذه قصاصاً»[2]؛ ضرورة عدم تماميّته بناءً على مدخليّته في التملّك، والمقاصّة التي ذكرها لا وجه لها بعد عدم ملك المشتري له، وخصوصاً بعد إحلافه المشتري.

ثمّ قال: «ولا يثبت الدرك على المشتري؛ لعدم ثبوت البيع بالنسبة إليه، بل يبقى على البائع»[3]. وفيه: أنّه لا وجه لكون دركه عليه بعد إقراره بكون الشقص ملكاً لغيره.

↑ ج ٣٧ / ٤٥٨

وبالجملة: فإن كان المراد ثبوت الشفعة بالإقرار المزبور على وجهٍ يترتّب عليه حكمها ـ الذي منه: بطلانها مع عدم الفور ونحوه ـ فلا ريب في عدم ثبوت ذلك بإقراره مع المشتري فضلاً عن أحدهما خاصّة.

وإن كان المراد أنّ للشفيع الأخذ مؤاخذةً للمقرّ بإقراره فلا بأس به، ولكن في المقام لا درك على أحد، والثمن يقبضه الحاكم بناءً على عموم ولايته لمثل ذلك، وإن كان فيه منع واضح. نعم، لو رضي المدّعى

---

(١) كجامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٧.

(٢) مسالك الأفهام: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٨.

(٣) المصدر السابق.

عليه الشراء بالقبض، أمكن القول بحصول تمام المملّك على مقتضى إقرار البائع، وإلّا فهو مشكل.

وعلى كلّ حال، فلا إشكال في أنّ للبائع إحلافه إذا لم يكن قد قبض الثمن، بل ومع قبضه من الشفيع وإن استشكل فيه في القواعد[١]، بل هو مقتضى عدم الترجيح في غيرها[٢]؛ لانتفاء فائدتها بعد قبضه الثمن.

لكن فيه: أنّ دفع الدرك أمر مطلوب، على أنّ ما قبضه من الشفيع ليس هو عين حقّه، فله الإحلاف لأجل تحصيل حقّه، بل له ثمرات أُخر غير ذلك. مضافاً إلى صدق كونه مدّعياً وهو منكر.

وأمّا الشفيع فله إحلافه أيضاً كما صرّح به غير واحد[٣] بناءً على قبول الدعوى منه وإن لم يكن جازماً بها تحصيلاً لإقراره وضمانه الدرك وغير ذلك، مضافاً إلى الصدق المزبور، ولعلّه لذا نفى الشكّ عنه في محكيّ الإيضاح على القولين لإثبات الشفعة أو الدرك[٤]، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٤٥٩

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦١ ـ ٢٦٢.

(٢) كالدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٤ ج ٣ ص ٣٧٤ ـ ٣٧٥.

(٣) كالعلّامة في القواعد: (المصدر قبل السابق)، والكركي في جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٧، والشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٨.

(٤) إيضاح الفوائد: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٢٥.

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿إذا ادّعى أنّ شريكه ابتاع بعده﴾ على وجهٍ يستحقّ الشفعة عليه ﴿فأنكر، فالقول قول المنكر مع يمينه﴾ بلا خلاف أجده بين من تعرّض له؛ كالشيخ[١] والقاضي[٢] والحلّي[٣] والفاضل[٤] والكركي[٥] وثاني الشهيدين[٦] وغيرهم[٧] على ما حكي عن بعضهم، بل ولا إشكال؛ لأصالة عدم تحقّق شرط الشفعة.

ولا ينافي ذلك أصالة عدم تقدّم شرائه؛ فإنّ ذلك لا يرفع الشكّ في تحقّق الشرط بعد تعارض الأُصول حتّى أصل عدم الاقتران، فمع فرض جهالة التاريخ ـ أو مطلقاً على ما تكرّر منّا ـ يحصل الشكّ في تحقّق الشرط، فعلى مدّعيه الإثبات.

وحينئذٍ ﴿فإن حلف أنّه لا يستحقّ عليه شفعة جاز، ولا يكلّف اليمين أنّه[٨] لم يشتر بعده﴾ وإن كان قد أجاب به، بلا خلاف أجده أيضاً بين المتعرّضين له[٩]، ولعلّه للاكتفاء بذلك في بطلان دعواه.

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٨.

(٢) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٦.

(٣) السرائر: المتاجر / باب الشفعة ج ٢ ص ٣٩٥ ـ ٣٩٦.

(٤) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٢. تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٣. تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

(٥) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٨.

(٦) مسالك الأفهام: الشفعة /في التنازع ج ١٢ ص ٣٧٩. الروضة البهيّة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤١٧.

(٧) كالشهيد الأوّل في اللمعة: كتاب الشفعة ص ١٧٠. والأردبيلي في مجمع البرهان: الشفعة / في الأحكام ج ٩ ص ٤٤.

(٨) في نسخة الشرائع: بأنّه.

(٩) انظر الهوامش الستّة قبل السابق.

لكن قد يناقش: بأنّ ظاهر قوله ﷺ: «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»[١] كون كيفيّة اليمين على ما وقع منه من الإنكار.

ولذا كان المحكي عن بعض وجوه الشافعيّة: وجوب الحلف على نفي الأخصّ إن أجاب به[٢]؛ لأنّه لم يجب به إلّا ويمكنه الحلف عليه، ولأنّه مع الجواب به ينحصر سقوط حقّه بما ذكره.

ج ٣٧ / ٤٦٠

نعم، لو أجاب من أوّل الأمر بالأعمّ لم يكلّف غيره، وإن كان لهم وجه أيضاً: بوجوب الحلف بالأخصّ حينئذٍ على طبق الدعوى[٣].

لكنّه واضح الضعف بعد فرض كون الجواب صحيحاً؛ لأنّه يمكن أن يكون قد اشترى بعده ولكن سقطت الشفعة بمسقط ولا يستطيع إثباته لو ادّعاه، وقد حرّرنا المسألة في كتاب القضاء[٤]؛ إذ لا تخصّ المقام، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

﴿ولو قال كلّ منهما: أنا أسبق فلي الشفعة، فكلّ منهما مدّعٍ﴾ كما صرّح به الفاضل[٥] والشهيدان[٦] والكركي[٧] وغيرهم[٨]

---

(١) تقدّم في ص ٣٤٧.

(٢ و٣) بحر المذهب: ج ٩ ص ١٦٢ ـ ١٦٣، الحاوي الكبير: ج ٩ ص ٨٦ ـ ٨٧، أسنى المطالب: ج ٥ ص ٢٩٣، التهذيب (للبغوي): ج ٤ ص ٣٧٥، روضة الطالبين: ج ٤ ص ٢٥٨، العزيز: ج ٥ ص ٥٠٣.

(٤) في ج ٤١ ص ٣٥٥...

(٥) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٢.

(٦) الشهيد الأوّل في اللمعة: كتاب الشفعة ص ١٧٠، والشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٨٠، والروضة: كتاب الشفعة ج ٤ ص ٤١٧.

(٧) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٨.

(٨) كالأردبيلي في مجمع البرهان: الشفعة / في الأحكام ج ٩ ص ٤٤.

على ما حكي عن بعض؛ لأصالة عدم تقدّم أحدهما على الآخر.

بل مقتضى إطلاقهم عدم الفرق بين العلم بتاريخ شراء أحدهما وجهالة الآخر وعدمه، وهو مؤيّد لما تكرّر منّا من أنّ ذلك لا يجدي في الحكم بالتأخّر عنه على وجهٍ يترتّب عليه الحكم لو فرض كونه عنواناً كما في المقام.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿مع عدم البيّنة﴾ لأحدهما ﴿يحلف كلّ[1] منهما لصاحبه، وتثبت[2] الدار بينهما﴾ بلا شفعة لأحدهما على الآخر.

لكن قد يشكل ذلك: بأنّهما دعويان مستقلّان[3]، لا دعوى واحدة يكون الحكم فيها بالتحالف، فيتّجه حينئذٍ فيها أن يقال: إنّه إن سبق أحدهما بالدعوى ـ أو كان عن يمين صاحبه وقلنا بالترجيح، أو أقرع الحاكم في استخراج تقديم أيّهما في الدعوى مع فرض تقارنهما ـ يسمع دعواه، ويحلف المنكر مع عدم البيّنة.

فإن نكل حلف المدّعي وقضي له، ولم تسمع دعوى الآخر بعد استحقاق خصمه ملكه، بناءً على اعتبار بقاء الملك في استحقاق الشفعة.

نعم، لو حلف ولم ينكل سقطت دعوى خصمه عليه الشفعة، وبقيت له الدعوى بها عليه، فإذا ادّعى بها وحلف خصمه استقرّ الملك بينهما

↑ ج ٣٧ / ٤٦١

---

(١) في نسخة الشرائع بعدها إضافة «واحد» مجعولةً في نسخة المسالك بين معقوفتين.

(٢) في نسخة الشرائع: ويثبت.

(٣) الأولى التعبير بـ«مستقلّتان».

على الشركة بلا شفعة، وإن نكل حلف هو وشفع إن أراد، وصار الكلّ له، كما صرّح بذلك في موضع من القواعد[١]، بل هو المحكي عن المبسوط[٢] والمهذّب[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] وجامع المقاصد[٦].

ولا ريب في ظهور منافاته لما هنا من سماع الدعويين معاً والتحالف.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ المراد بالتحالف في كلامهم على الوجه المزبور، لا التحالف الذي هو في دعوى واحدة، كالاختلاف في ثمن مبيع واحد أنّه الدابّة أو العبد مثلاً.

لكن قد ينافيه قولهم أخيراً: «إذا أقام كلّ منهما بيّنة فالتساقط أو القرعة» ضرورة ظهوره في كونه دعوى واحدة.

وربّما دفع[٧] بأنّ «المراد منه إذا أقام المدّعى عليه بيّنة بأنّه السابق بعد قيام البيّنة من خصمه على أنّه السابق سُمعت منه من غير إنشاء دعوى مستأنفة؛ لأنّ كلّاً منهما مدّعٍ سلطنةً على ملك الآخر، فله أن يدفعها عن نفسه، كما سُمعت بيّنة المشتري إذا اختلف هو والشفيع في

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٣ ـ ٢٦٤.
(٢) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٣٤ ـ ١٣٥.
(٣) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٦ ـ ٤٥٧.
(٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٢ ـ ٣٠٣.
(٥) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٥.
(٦) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٨٢ ـ ٤٨٣.
(٧) كما في جامع المقاصد: (المصدر السابق: ص ٤٨٤).

الثمن، مع أنّ الشفيع هو المدّعي، وكما تسمع بيّنة البائع إذا اختلف هو والمشتري مع بقاء العين».

وفيه: أنّ مقتضى ذلك كون الدعوى واحدة فيها التحالف، نحو غيرها من مسائل الثمن ونحوه ممّا يكون فيه التحالف.

ولعلّ الأولى أن يقال: إنّ الفرض وإن كان في الظاهر دعويين ـ باعتبار أنّ كلّاً منهما يدّعي الشفعة في شقص الآخر، فهما شفعتان ـ إلّا أنّه يمكن إبرازهما على وجهٍ يكون كالدعوى الواحدة التي فيها التحالف؛ باعتبار أنّ كلّاً منهما يدّعي السبق الذي هو واحد.

على أنّ الدعوى لا تجاب بالدعوى، بل حتّى تنتهي الأُولى إذا كانت مستقلّة عنها لا ربط لها بها، بخلاف المقام ونحوه الذي يكون مقتضى إحداهما فساد الأُخرى وصالحة لأن تكون جواباً عنها، كما في المقام فإنّ جواب الخصم بأنّي الأسبق يقتضي بطلان دعواه السبق المستحقّ به الشفعة.

ج ٣٧ / ٤٦٢

ولعلّه لذا كان ظاهر الأصحاب في المقام أنّها دعوى واحدة يكون فيها التحالف، وحينئذٍ يقع النظر فيما سمعت من الشيخ وغيره.

اللّهمّ إلّا أن يفرض أنّهما اختارا إبرازها بعنوان دعويين مستقلّين[1]، فحينئذٍ يأتي الكلام السابق الذي هو البدأة بإحداهما على حسب غيرها من الدعاوي، فإذا انتهت توجّهت الأُخرى إن بقي لها محلّ، فتأمّل

---

(١) الأولى التعبير بـ «مستقلّتين».

جيّداً، فإنّه لا يخلو من دقّة، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو كـان لأحـدهما بـيّنة بـالشراء مـطلقاً لم يحكم بها؛ إذ لا فائدة فيها، و﴾ لا نزاع بينهما في الشراء المـطلق الذي لا يثبت الشفعة.

نعم ﴿لو شهدت لأحدهما بالتقدّم على صـاحبه قـضي بـها﴾ كما صرّح به الشيخ[1] وغيره ممّن تعرّض له[2] على ما حكي عن بعض: لوجود المقتضي وانتفاء المانع، فيقضى بها حينئذٍ وإن كان للآخر البيّنة المطلقة التي لا فائدة فيها.

لكن قد يناقش: بأنّها أعمّ من اقتضاء الشفعة، إلّا أن يكون مـورد النزاع بينهما كذلك، لا أنّه أمران ـ السبق واستحقاق الشفعة ـ كـما هـو ظاهر المتن.

واحتمال الاكتفاء بالشهادة على المقتضي وإن لم يـعلم اقـتضاؤه ـ لاحتمال مقارنة المانع ـ واضح الضعف، فتأمّل.

﴿ولو كان لهما بيّنتان بالابتياع مطلقاً أو في تاريخ واحد﴾ على وجهٍ لا سبق لأحدهما ﴿فلا ترجيح﴾ ضرورة عدم الفائدة في المطلقة كما عرفت، واقتضاء الثانية عدم الشفعة بينهما لعدم السبق من أحدهما،

↑ ج ٣٧ / ٤٦٣

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٣٥.

(٢) كالعلّامة في القواعد: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٢، والكركي فـي جـامع المـقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٨، والشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٨٠.

كما هو واضح.

﴿ولو شهدت بيّنة كلّ واحد منهما بالتقدّم﴾ على وجهٍ يحصل التعارض ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ[١] والقاضي[٢] فيما حكي عنهما والكركي[٣]: ﴿تستعمل[٤] القرعة، وقيل﴾ ولكن لم نجد القائل به منّا: ﴿سقطتا وبقي الملك على الشركة﴾.

ولا ريب أنّ الأوّل هو الأقوى؛ لحصول الاشتباه الذي هو مورد القرعة بعد عدم إمكان العمل بهما معاً بالقسمة، وإن احتمله في محكيّ التذكرة[٥] لكنّه بعيد، فيحلف حينئذٍ من خرج اسمه ويقضى له، أو يحكم له بلا يمين، كما حرّرنا ذلك في كتاب القضاء[٦].

ومنه يعلم: ضعف ما ذكره المصنّف من القول الذي مقتضاه بقاء الملك مشتركاً بينهما بلا تحالف؛ إسقاطاً للبيّنتين المعلوم حجّيّة إحداهما.

بل وما عن الإيضاح: من التساقط والتحالف؛ تنزيلاً لهما منزلة العدم بعد استحالة الترجيح[٧]. ومال إليه في المسالك، قال: «وليس

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٣٥.

(٢) المهذّب: كتاب الشفعة ج ١ ص ٤٥٧.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٦٩.

(٤) في نسخة الشرائع: يستعمل.

(٥) تذكرة الفقهاء: الشفعة / المأخوذ منه ج ١٢ ص ٢٤٥.

(٦) في ج ٤١ ص ٦٨٤...

(٧) إيضاح الفوائد: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٢٦.

الحكم باليمين مع سقوط البيّنة ببعيد كما هو مع إقامتها ، وهذا لا يخلو من قوّة»[١] .

وكأنّه لعدم تحريره المسألة في كتاب القضاء؛ ضرورة معلوميّة عدم سقوط البيّنة عندهم بحال ، كضرورة كون القاعدة عدم اليمين معها ، فليس حينئذٍ إلاّ القرعة بعد عدم إمكان القسمة بجعل الشفعة لكلّ منهما في النصف؛ لعدم تبعّض الشفعة ، والله العالم .

ج ٣٧ / ٤٦٤

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿إذا ادّعى﴾ الشريك على شريكه أنّه انتقل إليه الشقص بـ﴿الابتياع، وزعم الشريك أنّه ورث، وأقاما﴾ معاً ﴿البيّنة[٢]﴾ على دعواهما ﴿قال الشيخ[٣]: يقرع بينهما؛ لتحقّق التعارض﴾ بين الابتياع والإرث ، ولا ترجيح ، فيشتبه الحال في صدق أيّهما ، فيستخرج بالقرعة؛ لأنّها لكلّ أمر مشتبه[٤] .

وضعّف[٥]: بعدم الاشتباه وعدم التعارض؛ لأنّ الشفيع هو الخارج والمدّعي حقيقةً؛ باعتبار طلبه انتزاع ملك الشريك الذي مقتضى الأصل

(١) مسالك الأفهام: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٨١.

(٢) في نسخة الشرائع: بيّنة.

(٣) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٩.

(٤) أرسله بهذا اللفظ في مسالك الأفهام: المواريث / ميراث الخنثى ج ١٣ ص ٢٤٣، والعناوين الفقهيّة: عنوان ١١ ج ١ ص ٣٥١.

(٥) كما في جامع المقاصد ومسالك الأفهام: (يأتي مصدرهما قريباً).

بقاؤه، ويخلّي وسكوته، ويُترك لو ترك، فتكون بـيّنته أرجـح؛ لعـموم «البيّنة على المدّعي»[1]، ولأنّه ربّما عوّلت بيّنة الإرث على أصالة بقاء الملك إلى حين الموت فانتقل بالإرث؛ لعدم علمها بصدور البيع، وبيّنة الشراء اطّلعت على أمر زائد، فلا تعارض بينهما حيث يكون البائع هو الموروث. ومن هنا كان خيرة الفاضل[2] والشهيدين[3] والكركي[4] على تقديم بيّنة الشفيع.

لكن لا يخفى عليك أنّ حاصله: تقديم بيّنة الخارج على الداخـل الذي هو الشريك؛ باعتبار كون القول قوله مع عدم البيّنة، والبحث في تقديمها أو بيّنة الداخل حرّرناه في كتاب القضاء[5].

لكن قد يقال: إنّ ذلك حيث يكون جواب الشريك عدم الابتياع، لا الإرث أو الانتقال بالصلح أو نحو ذلك ممّا يكون به مدّعياً زيادة على الإنكار، وحينئذٍ يتّجه ما يقوله الشيخ؛ ضرورة كون كلّ منهما مـدّعياً أمراً خارجاً عن الأصل، وكون القول قـول الشـريك مـع عـدم البـيّنة

↑ ج ٣٧ / ٤٦٥

---

(١) تقدّم في ص ٣٤٧.

(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٢، تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٩ ـ ٣١٠.

(٣) الشهيد الأوّل في الحواشي كما نقله في مفتاح الكرامة: الشفعة / في التنازع ج ١٨ ص ٧٦٣، واحتمله في الدروس: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٥، والشهيد الثاني في المسالك: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٨١ ـ ٣٨٢.

(٤) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٧٠.

(٥) في ج ٤١ ص ٦٠٥.

لو اقتصر على الإنكار لا يقتضي كونه كذلك حتّى إذا ادّعى أمراً آخر، والفرض أنّه أقام البيّنة عليه.

وتظهر الثمرة: أنّه لو لم تكن إلّا بيّنته لم يكن عليه اليمين وإن قلنا: إنّ المنكر لا تسقط عنه اليمين بالبيّنة، ولعلّ التأمّل في بعض كلامهم في مسألة الإيداع يشهد بذلك في الجملة، خصوصاً بعد ظهوره في القرعة مع المنافاة، فتأمّل جيّداً.

ولو أقام الشفيع بيّنة أنّه كان لزيد مثلاً لم تفده؛ ضرورة عدم ثبوت البيع بها، بل لو أقرّ زيد بالبيع أيضاً فكذلك؛ لأنّه إقرار في حقّ الغير، ولا يكون بذلك شاهداً؛ لما عرفته سابقاً من عدم قبولها على فعل نفسه وما ذكروه من جرّ النفع بها، وليست الشفعة من حقوق العقد التي يقبل فيها قول البائع باعتبار كونه إقراراً في حقّ نفسه، وإنّما الشفعة حقّ ثابت بالاستقلال للشريك بسبب البيع.

ولو ادّعى الشريك أنّ زيداً باعه إيّاه، وصدّقه زيد على ذلك، ولكنّ الشريك يقول: «إنّي ورثته من أبي» لم تثبت الشفعة أيضاً؛ إذ تصديق زيد لا يمضي إقراراً على غيره ولا شهادةً على فعله، كما عرفته سابقاً، والله العالم.

﴿ولو ادّعى الشريك﴾ بزعم المدّعي أنّ الشقص في يده على جهة ﴿الإيداع﴾ من مالكه، والشفيع أنّه في يده على وجه الابتياع؛ فـ:

إن لم يكن لأحدهما بيّنة فالقول قول مدّعي الوديعة الذي مرجعه

إلى إنكار استحقاق الشفعة عليه؛ لأنّ الأصل عدمها.

ولو أقام كلّ منهما بيّنة ﴿قدّمت بيّنة الشفيع؛ لأنّ الإيداع لا ينافي الابتياع﴾ كما في القواعد[1] والتحرير[2]، وهو كذلك حيث يكون كذلك؛ إذ صور المسألة أربع وعشرون؛ لأنّهما:

ج ٣٧ / ٤٦٦

إمّا أن يكونا مطلقتين، أو مؤرّختين، أو بيّنة الإيداع مؤرّخة والأُخرى مطلقة، أو بالعكس. وعلى تقدير التأريخ[3]: فإمّا أن يتّحد، أو يتقدّم تأريخ الابتياع، أو تأريخ الإيداع، فالصور ستّ.

ثمّ على جميع التقادير: إمّا أن تتعرّض كلّ واحدة من البيّنتين للملك للبائع والمودع بأن تقول بيّنة الشفيع: إنّ البائع باع ما هو ملكه، وبيّنة الإيداع: إنّه أودع ما هو ملكه، أو لا تذكرا ذلك، أو تذكر إحداهما دون الأُخرى، فالصور أربع، مضروبة في الستّ السابقة ترتفع إلى أربع وعشرين صورة.

وقضيّة الإطلاق السابق تقديم بيّنة الشفيع في جميعها عدا صورة واحدة ذكرها المصنّف ناسباً حكمها إلى الشيخ مشعراً بتردّدٍ فيه.

ولكنّ تحقيق الحال: أنّه لا إشكال في عدم التنافي مع إطلاقهما، بل ومع تقديم بيّنة الإيداع في التاريخ على بيّنة الابتياع، بل وكذا لو كانت بيّنة الإيداع مطلقة وبيّنة الابتياع مؤرّخة.

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٢.

(٢) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٥.

(٣) أي كونهما مؤرّختين معاً.

بل في المسالك : «لا منافاة مع سبق تاريخ بيّنة الابتياع أيضاً؛ لاحتمال أنّ البائع غصبه[١] بعد البيع ثمّ ردّه إليه بلفظ الإيداع فاعتمده الشهود ، وهذا وإن كان خلاف المعروف من معنى الإيداع إلّا أنّ بناء ملك الإيداع على ظاهر الأمر ، وعقده على التساهل ، ومن ثَمَّ اكتفي فيه بالفعل ، فسهل الخطب فيه»[٢]. ونحوه عن التذكرة[٣].

ولكنّه كما ترى؛ ضرورة عدم صلاحيّة مثل ذلك للجمع بين البيّنتين ، وإلّا فمثله يأتي في بيّنة الابتياع ، نعم يمكن فرضه بإمكان شرائه منه بعد بيعه له ثمّ إيداعه له .

وعن المبسوط[٤] والدروس[٥]: تقييد تقديم بيّنته بما إذا كانتا مطلقتين ، أو كانت بيّنة الابتياع متأخّرة التاريخ ، أو مقيّدة بأنّ البائع باع ما هو ملكه ولم تقيّد بيّنة الإيداع .

ج ٣٧ / ٤٦٧

وفيه : أنّه لا يتمّ إطلاق عدم التنافي في الأخيرة ، ولكن ترجح هي على بيّنة الإيداع بذكر الملك إن صلح مرجّحاً .

وأشكل من ذلك دعوى عدم التنافي فيما لو اتّحد التاريخان على وجهٍ لا يمكن الجمع بينهما ؛ بأن قالت إحداهما : «بعد الزوال

---

(١) في المصدر: قبضه.

(٢) مسالك الأفهام: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٨٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٧.

(٤) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٢٩.

(٥) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٦.

بلا فصلٍ أودعه» والأُخرى: «باعه منه»؛ ضرورة وضوح التنافي سواء تعرّض فيهما لكونه أودع ملكه أو باعه، أو لم يتعرّض فيهما، أو تعرّض في إحداهما دون الأُخرى، ولعلّه لذا كان المحكي عن الدروس فيها القرعة[١].

بل هذه أولى بالتوقّف من الصورة التي أشار إليها المصنّف بقوله: ﴿ولو شهدت بالابتياع مطلقاً، وشهدت الأُخرى أنّ المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخّر، قال الشيخ﴾ في محكيّ المبسوط[٢] والفاضل والشهيد في محكيّ التذكرة[٣] والدروس[٤]: ﴿قدّمت بيّنة الإيداع﴾ قبل المكاتبة إلى المودع وبعدها إن صدّق ﴿لأنّها انفردت بالملك﴾ فكانت أقوى؛ إذ لا يحتمل كون المودع غير مملوك، بخلاف البيع فجاز أن يكون غير مملوك، وحينئذٍ فيستصحب حكم الوديعة. بخلاف ما لو تقدّم الإيداع الذي يجوز أن يتعقّبه البيع.

﴿ويكاتب المودع؛ فإن صدّق قضي ببيّنته وسقطت الشفعة﴾ لأنّه يكون بمنزلة شهادة إحدى البيّنتين لواحد بالملك والأُخرى بالتصرّف، فإنّ الأوّل أقوى؛ لاحتمال التصرّف غير المملّك[٥].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) تقدّم المصدر آنفاً.

(٣) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٢٩٧.

(٤) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٦.

(٥) أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة بدلها: الملك.

﴿وإن أنكر قضي ببيّنة الشفيع﴾ لانتفاء حقّه بتكذيب بيّنته فتسقط، وتبقى بيّنة الشفيع بغير معارض، فيجب العمل بها.

إذ[1] فيه: أنّه مع ذلك لا تنافي البيع؛ لأنّ الشهادة بالملك الإيداعي يكفي فيها الاستناد إلى العلم بالملك في زمان متقدّم مع عدم العلم بالمزيل الطارئ، وعدم العلم به لا يدلّ على عدمه، فحينئذٍ بيّنة الابتياع تشهد بأمر زائد لا تعارضها الأُخرى فيه وإن لم تصرّح بالملك، والله العالم.

ج ٣٧ / ٤٦٨

﴿ولو شهدت بيّنة الشفيع أنّ البائع باع و[2]هو ملكه، وشهدت بيّنة الإيداع مطلقةً[3]، قضي ببيّنة الشفيع﴾ لعدم التنافي ﴿ولم يراسل المودع؛ لأنّه لا معنى﴾ ولا فائدة ﴿للمراسلة هنا﴾ إذ لو صدّق قوله لم يلتفت إلى قوله بعد قيام البيّنة على بيعه الذي لا ينافيه وقوع الإيداع الممكن كون البيع بعده.

وبالجملة: فالمدار في الصور كلّها على عدم التنافي أو الرجحان، والله العالم.

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا تصادق البائع والمشتري أنّ الثمن﴾ المعيّن ﴿غصب، وأنكر الشفيع، فالقول قوله﴾ لأنّ إقرارهما إنّما هو في حقّهما،

---

(١) تعليل لقوله في س ٥ من الصفحة السابقة: «بل هذه أولى بالتوقّف...».

(٢) في نسخة الشرائع بدلها: ما.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: مطلقاً.

فيجب ردّ الثمن على المقرّ له، ولا يملك المشتري نماء الشقص المتخلّل بين الشراء والشفعة دونه، فيستصحب بقاء حقّه الثابت بالاتّفاق الأوّل ﴿و﴾ يأخذ بالشفعة مع كون الدرك على المشتري، بل ﴿لا يمين﴾ لهما ﴿عليه﴾ بعد إقرارهما السابق ﴿إلّا أن يدّعي عليه العلم﴾ فيحلف على نفيه.

كلّ ذلك لا أجد فيه خلافاً بين من تعرّض له؛ كالشيخ[١] والفاضل[٢] والكركي[٣] وثاني الشهيدين[٤]، لكن لم يتعرّضوا لحكم الثمن.

نعم، في المسالك: «ويبقى حكم الثمن الذي يعترف به الشفيع، فإنّ المشتري يزعم أنّه لا يستحقّه لفساد الشراء، وكذلك البائع، فطريق التخلّص منه: أن يأخذه المشتري ويدفعه إلى البائع ليأخذه مقاصّةً عن قيمة الشقص لزعمهما أنّه غير مستحقّ لأخذه، فإن بقي من الثمن بقيّة عن القيمة فهي مال لا يدّعيه أحد، ومحلّها الحاكم»[٥]. وهو جيّد مع رضا المشتري الذي لا يستحقّ المطالبة بالقبض. (ج ٣٧ / ٤٦٩)

ولو أقرّ الشفيع والمشتري خاصّة لم تثبت الشفعة؛ لفساد البيع في حقّهما دون البائع، وعلى المشتري ردّ قيمة الثمن أو مثله إلى صاحبه

---

(١) المبسوط: كتاب الشفعة ج ٣ ص ١٣٣.

(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٤ ـ ٢٦٥، تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣١١.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٩١.

(٤) مسالك الأفهام: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٨٦.

(٥) المصدر السابق.

الذي حال بينه وبينه .

وفي القواعد : «ويبقى الشقص حينئذٍ معه بزعم أنّه للبائع ، ويدّعي عليه وجوب ردّ الثمن ، والبائع ينكرهما ، فيشتري الشقص منه اختياراً ويتبارءان ، فللشفيع في الثاني الشفعة»[1] .

وهو جيّد إن انتقل الثمن الذي في يد البائع إلى المشتري بطريق شرعي إذا أُريد الشراء به؛ إذ دفع القيمة للحيلولة لا يملك به ، ومع ذلك لا يحتاج إلى المباراة ، اللّهمّ إلّا أن يفرض شراؤه بثمن كلّي ينطبق على ما في يد البائع ، والأمر سهل .

ولو أقرّ الشفيع والبائع خاصّة ردّ البائع الثمن على المالك ؛ لنفوذ إقراره فيه ، وليس له مطالبة المشتري بالشقص؛ لأنّه إقرار في حقّ الغير .

ولا شفعة بعد اعتراف الشفيع بفساد البيع ، والله العالم .

المسألة السادسة

لو ادّعى على من في يده الشقص الشراء ، فقال : «إنّي اشتريته لفلان» وكان حاضراً ، ففي القواعد وغيرها[2] : «سئل؛ فإن صدّق ثبتت الشفعة عليه ، وإن قال : هو ملكي لم أشتره ، انتقلت الحكومة إليه»[3] .

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٥.

(٢) كالدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٦، وجامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٧٧.

(٣) الهامش قبل السابق: ص ٢٦٣.

قلت: قد يناقش في اعتبار السؤال ـ بناءً على عدم اعتبار دفع الثمن في الملك، أو اعتباره وقلنا بقيام الحاكم ـ بإطلاق ما دلّ على ثبوتها ببيع الشريك ونفوذ إقراره بالشراء له في حقّه بالنسبة للشفيع، ولا يسقط دعوى كونه للغير.

ج ٣٧ / ٤٧٠

وربّما يرشد إلى ذلك: ما عن التذكرة[١] والتحرير[٢] والدروس[٣] من الجزم بالحكم بها عليه لو كذّبه الخصم، وفي جامع المقاصد[٤] ومحكيّ الإيضاح[٥]: «أنّه الأقرب»، نعم في القواعد: «على إشكال»[٦] من دون ترجيح، كالمحكي عن الشهيد في الحواشي[٧]، ووجّه[٨]: بأنّه قد نفاه عن نفسه بنسبته إلى الغير، ودفع: بتكذيب الغير له، فيبقى إقراره مسموعاً على ما في يده.

وفيه: أنّ تكذيب الغير له لا يبطل إخراجه له عن نفسه، فليس حينئذٍ إلّا الحكم ظاهراً بكون الشراء له حتّى يعلم، فمع عدم العلم يحكم بكونه له ويؤخذ منه والدرك عليه. وهو إن تمّ ينبغي أن يكون

---

(١) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٠ ـ ٣٠١.
(٢) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٣.
(٣) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٦.
(٤) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٧٧.
(٥) إيضاح الفوائد: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٢٧.
(٦) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٣.
(٧) نقله في مفتاح الكرامة: الشفعة / في التنازع ج ١٨ ص ٧٧٥.
(٨) ذكر هذا التوجيه في جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٧٧.

كذلك مع الحضور من غير حاجة إلى السؤال، بل مع فرض عدم العلم بكون الغير ـ المنسوب إليه ـ مالكاً لم يسمع منه ذلك في حقّ الشفيع. وبالجملة: فكلامهم لا يخلو من تشويش.

وكيف كان، ففي جامع المقاصد[1] وعن الإيضاح[2]: «أنّ الثمن يدفع للحاكم إلى أن يظهر مالكه» وعن حواشي الشهيد: «أنّه يبقى في يد الشفيع إلى أن يدّعيه المقرّ له، أو يدفع إلى الحاكم إلى أن يدّعيه المقرّ الذي هو الخصم»[3].

قلت: قد يشكل ذلك من أصله بناءً على اعتبار دفع الثمن للمشتري في تملّك الشقص، وهو غير متحقّق هنا؛ لنفي المقرّ له بالتكذيب والمقرّ بالإقرار، وقيام الحاكم مقام المشتري في ذلك لا دليل عليه. نعم، لو قلنا بالملك بالأخذ يتّجه ذلك، ويكون حكمه كالمال المقرّ به لزيد وهو ينفيه، وقد تقدّم الكلام فيه في كتاب الإقرار[4].

↑ ج ٣٧ / ٤٧١

هذا إن لم نقل بالحكم في ظاهر الشرع عليه بالشراء، وإلّا اُلزم بالقبض، فإن امتنع أو تعذّر قام الحاكم مقامه، فتأمّل جيّداً.

وإن كان المنسوب إليه غائباً، ففي القواعد[5] وجامع المقاصد[6]

---

(١) المصدر السابق.

(٢) إيضاح الفوائد: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٢٧.

(٣) نقله في مفتاح الكرامة: الشفعة / في التنازع ج ١٨ ص ٧٧٥.

(٤) في ج ٣٦ ص ١٠٨ ...

(٥) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٣.

(٦) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٧٨.

ومحكيّ التذكرة[١] والتحرير[٢] والدروس[٣]: «انتزعه الحاكم ودفعه إلى الشفيع إلى أن يحضر، ويكون على حجّته إذا قدم» أي وقال: «هو ملكي لم أشتره» وإلّا فإذا صدّق أو كذّب فالحكم ما سمعته.

نعم، قد يشكل ذلك كلّه: بما عرفت بناءً على اعتبار دفع الثمن في التملّك، والضرر بتأخير حقّ الشفيع لا يُدفع بالضرر على ذي المال، بأخذ ماله قبل وصول الثمن إليه، مع أنّ الشفعة على خلاف الأصل.

ولعلّه لذا احتمل في التحرير الانتظار حتّى يحضر[٤]، وهو جيّد وإن كان يجري فيه ما سمعت أيضاً.

ولو قال: «اشتريته للطفل» وله عليه ولاية، ففي جامع المقاصد[٥] ومحكيّ التذكرة[٦] والحواشي[٧] والدروس[٨]: ثبوتها؛ لما قيل من «أنّه يملك الشراء، فيملك إقراره فيه»[٩] ـ وإن كان قد ينتقض في الوكيل ـ ولصحّة إخبار المسلم، ولأنّه يقبل إقراره بدين عليه كما يومئ إليه قوله

(١) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٠١.
(٢) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٣.
(٣) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٦.
(٤) المصدر قبل السابق.
(٥) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٧٨ ـ ٤٧٩.
(٦) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٠١.
(٧) نقله في مفتاح الكرامة: الشفعة / في التنازع ج ١٨ ص ٧٧٦.
(٨) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧١ ج ٣ ص ٣٦٦.
(٩) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٣.

تعالى: «فليملل وليّه بالعدل»[١].

لكن عن التحرير أنّ «الأقرب العدم؛ لأنّه إقرار على الصغير فلا ينفذ»[٢]. وهو كما ترى.

ولو أقرّ بالشراء بعد أن اعترف أنّه ملك لغيره لم يسمع؛ لكونه إقراراً بإثبات حقّ الشفعة على مال الغير، بل لعلّه كذلك في المولّى عليه بناءً على عدم نفوذ إقراره عليه، وهو بخلاف ما لو أقرّ بالشراء ابتداءً، فإنّ الملك ثبت له به فيتبعه الحقّ فيه.

↑ ج ٣٧ / ٤٧٢

المسألة السابعة

لو أنكر المشتري ملكيّة مدّعي الشفعة، افتقر ذو الشفعة إلى البيّنة إن لم تكن له يد، وإلّا كفت يده التي هي سبب شرعي في الحكم بالملك، وإن قال في القواعد: «وفي القضاء له بها إشكال»[٣]، بل عن التحرير: الجزم بعدم كفايتها والافتقار إلى البيّنة[٤]، ووجّه[٥]: بأنّ دلالتها ضعيفة على الملك، فيقتصر فيها على عدم الانتزاع منه بالدعوى وعدم الاحتياج إلى البيّنة، دون استحقاق انتزاع ملك الغير قهراً المخالف للأصل.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٢) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٨٣.

(٣) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٣.

(٤) المصدر قبل السابق: ص ٥٨٤.

(٥) كما في جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٨١.

إلّا أنّ ذلك كما ترى ، نعم قد يقال : إنّ له اليمين عليه وإن اقتصر على نفيه عنه من دون دعواه له .

المسألة الثامنة

لو ادّعى على أحد وارثي الشفعة العفو ، فشهد له الآخر الذي له الشفعة أيضاً ، لم يقبل بناءً على رجوع حصّة العافي إليه ، بل لو عقّب ذلك بالعفو ثمّ شهد لم تقبل ـ على ما صرّح به الفاضل[1] والشهيد[2] والكركي[3] ـ لاستصحاب الردّ ، وإن كان لا يخلو من إشكال ، أمّا لو شهد ابتداءً بعد العفو فلا إشكال في القبول .

ولو ادّعى عليهما معاً ـ مثلاً ـ العفو فحلفا ثبتت الشفعة ، ولو نكل أحدهما فإن صدّق الحالف الناكل فالشفعة لهما بالحلف والتصديق ، ودرك ما يأخذه الناكل على المشتري؛ لترتّب يده على يده وإن كان السبب اعتراف الشريك الآخر .

↑ ج ٣٧ / ٤٧٣

ولا يردّ يمين الناكل على المشتري ، كما عن المبسوط[4] والتذكرة[5] والدروس[6]؛ ولعلّه لعدم الفائدة له بعد حلف الآخر الذي

---

(١) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٤، تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٩٢.

(٢) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٤ ج ٣ ص ٣٧٦.

(٣) جامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٨٧.

(٤) المبسوط: الشفعة / الحيل التي تسقط بها ج ٣ ص ١٦٤.

(٥) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٩.

(٦) الدروس الشرعيّة: الشفعة / درس ٢٧٤ ج ٣ ص ٣٧٦.

صارت الشفعة له .

نعم ، عن التذكرة : «إن عفا الحالف بعد يـمينه كـان للـمشتري أن يحلف الآن؛ لأنّه يسقط الشفعة عنه»[١].

قلت : قد يقال : إنّ له الردّ ، وفائدته : إمكان عفو الآخر أو غير ذلك ، بل قد يؤيّده ما تسمعه من حلفه مع الشاهد على عفو أحدهما .

ولو كذّب الحالف الناكل في كونه لم يعف ، أحلف النـاكـل هـذا الحالف على عدم العفو؛ لأنّ دعواه العفو غير دعوى المشتري ، فإن نكل قضي للحالف بالجميع بنكوله أو بعد يمينه .

ولو شهد أجنبي بعفو أحدهما ، ففي القواعد[٢] ومحكيّ المبسوط[٣] والتذكرة[٤] والتحرير[٥] وغيرها[٦] أنّه «إن حلف بعد عفو الآخر بـطلت الشفعة ، وإلّا أخذ الآخر الجميع» . وظاهرهم أو صريحهم جواز الحلف قبل عفو الآخر ، مع أنّه لا فائدة فيه؛ لرجوع الحقّ جميعه لشريكه نحو ما سمعته في ردّ يمين الناكل . وكلّ فائدة تتصوّر هنا تتصوّر هناك .

ولو اعترف أحد الوارثين ببطلان الشراء ، فالشفعة بأجمعها للآخـر

---

(١) المصدر قبل السابق.

(٢) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٤.

(٣) ذكر في مفتاح الكرامة (ج ١٨ ص ٧٩٥) أنّ ما حضره من نسخ المـبسوط لا يـخلو مـن الغلط، وانظر المبسوط: الشفعة / الحيل التي تسقط بها ج ٣ ص ١٦٤.

(٤) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٩.

(٥) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٩٣.

(٦) كجامع المقاصد: الشفعة / في التنازع ج ٦ ص ٤٩٠.

المعترف بالصحّة، وكذا لو اعترف بالإرث أو الاتّهاب دون الآخر بعد ثبوت الشراء.

ولو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت، بل وقبله، وإن قطع في جامع المقاصد[١] بعدم القبول كما عن التذكرة[٢] والتحرير[٣]، بل هو ظاهر القواعد[٤] أيضاً؛ لأنّه يجرّ إلى نفسه نفعاً إذا أفلس المشتري، فإنّه يرجع إلى المبيع على تقدير عدم أخذ الشفيع إيّاه.

ولا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه هنا وفي كتاب الشهادات[٥] من عدم قدح مثل هذه التهمة في شهادة العدل، والله العالم.

↑ ج ٣٧ / ٤٧٤

(١) المصدر السابق.

(٢) تذكرة الفقهاء: الشفعة / في التنازع ج ١٢ ص ٣٠٦.

(٣) تحرير الأحكام: الشفعة / كيفيّة الأخذ ج ٤ ص ٥٩٣.

(٤) قواعد الأحكام: الشفعة / في التنازع ج ٢ ص ٢٦٤.

(٥) في ج ٤٢ كتاب الشهادات / الطرف الأوّل (الوصف الخامس / المسألة الأُولى).

محتويات الكتاب

كتاب الغصب

سبب الغصب:

تعريف الغصب ٥

لا يكفي رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده ١٥

غصب العقار وما يتحقّق به ٢٣

لو مدّ بمقود دابّة فقادها أو ساقها ٣٧

ضمان حمل الأمة المغصوبة أو المبتاعة بالبيع الفاسد ٤٠

لو أثبت يده على مسجد أو رباط أو مدرسة ٤٣

تعاقب الأيدي على المغصوب ٤٥

غصب الحرّ ٤٩

حكم الأُجرة لو حبس صانعاً أو دابّةً ٥٥

غصب الخمر والخنزير ٦٢

أسباب أُخر للضمان: ٦٧

١ ـ مباشرة الإتلاف ٦٧

٢ ـ التسبيب ٦٧

لو اجتمع سبب ومباشر أو سببان ٧٩
حكم المكرَه لو باشر الإتلاف ٨٤
لو أرسل ماءً أو أجّج ناراً في ملكه ٨٧
لو ألقى صبيّاً في مسبعة ٩١
لو غصب شاةً فمات ولدها جوعاً ٩٣
لو فكّ قيد دابّة فشردت... ٩٧
لو فتح باباً على مالٍ فسُرق أو دلّ سارقاً ٩٨
لو أزال وكاء الظرف أو فتح رأسه فسال ما فيه... ١٠١
ضمان المقبوض بالعقد الفاسد وبالسوم والمستوفىٰ بالإجارة الفاسدة ١٠٩

أحكام الغصب:

لزوم ردّ المغصوب حتّى لو تعسَّر أو مزج مع غيره ١١١
لو خاط الثوب أو الجرح بخيوط مغصوبة ١١٧
لو حدث في المغصوب عيب ١٢٣
ضمان المغصوب المثلي بالمثل (تعريف المثل، وتعذّره) ١٢٧
ضمان المغصوب القيمي بالقيمة (تعيين القيمة) ١٤٩
ما يضمن به الذهب والفضّة ١٦٠
لو كان في المغصوب صنعة ١٦٣
الجناية على الدابّة المغصوبة ١٦٨
لو غصب مملوكاً فجنى عليه (وكيفيّة حساب الجناية) ١٧٥
لو تعذّر تسليم المغصوب (بدل الحيلولة) ١٩٦
لو غصب خفّين فتلف أحدهما، أو خفّاً فتلف ٢١١
عدم تملّك الغاصب العين بتغييرها ٢١٤

لو غصب مأكولاً فأطعمه للمالك أو غيره ٢١٥

لو غصب فحلاً فأنزاه على الأُنثى ٢٢٠

لو خلق الثوب أو أغلى الزيت أو العصير فنقص ٢٢٣

في اللواحق:

١ ـ لواحق الأحكام:

زيادة المغصوب بفعل الغاصب (وحكم الصبغ) ٢٢٧

لو غصب دهناً فخلطه ٢٤٣

ضمان فوائد المغصوب ٢٥٣

لو زالت صفة في المغصوب ثمّ عادت هي أو غيرها ٢٥٨

لو زالت زيادة المغصوب المتّصلة ٢٦٥

ضمان المقبوض بالعقد الفاسد (وحكم المنفعة) ٢٦٥

لو غصب مملوكةً فوطئها أو افتضّها (وحكم الولد والمهر) ٢٧٩

لو غصب حبّاً فزرعه أو بيضاً فاستفرخه ٢٩٩

لو غصب أرضاً فزرعها أو غرسها أو حفر فيها بئراً ٣٠٧

لو توقّف إخراج الدابّة أو رأسها على هدم أو كسر ٣١٤

لو خشي على حائط فأسنده بجذعٍ للغير ٣٢٢

جناية العبد المغصوب ٣٢٣

نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب ٣٣٤

٢ ـ مسائل التنازع:

لو تلف المغصوب واختلفا في القيمة ٣٣٦

لو ادّعى المالك صنعةً في المغصوب، أو الغاصب عيباً حادثاً ٣٤٠

لو باع الغاصب شيئاً ثمّ انتقل إليه ٣٤٥

لو اختلفا في ردّ العبد المغصوب قبل الموت أو بعده ٣٥٠
لو اختلفا في تلف المغصوب ٣٥٤
لو اختلفا فيما على العبد من ثوب أو خاتم ٣٥٥

كتاب الشفعة

مشروعيّتها ٣٥٩
تعريفها ٣٦٠

ما تثبت فيه الشفعة:
الشفعة في المنقول ٣٦٥
الشفعة في الشجر والنخل والأبنية ٣٧٤
الشفعة في العبد ٣٨٠
الشفعة في النهر والطريق والحمّام والبئر والدولاب... ٣٨١
الشفعة في الدولاب والناعورة لو بيعا مع الأرض ٣٩٠
الشفعة في الثمرة ٣٩١
الشفعة في المقسوم بالاشتراك في الطريق أو الشرب ٣٩٢
لو باع عرصة مقسومة وشقصاً من أُخرى صفقةً ٤٠٣
اشتراط الشفعة بانتقال الشقص بالبيع ٤٠٤
لو كانت الدار وقفاً وطلقاً فبيع الطلق ٤٠٦

في الشفيع:
تعريفه وشرائطه ٤١٠
الشفعة بالجوار وفيما قسّم وميّز ٤١٠
الشفعة فيما زاد عن شفيع واحد ٤١٣

مبطلات الشفعة (العجز عن الثمن والمماطلة والهرب) ٤٢٥
لو ادّعى الشفيع غيبة الثمن ٤٣٠
الشفعة للغائب والسفيه والصبي والمجنون والكافر ٤٣٤
لو باع الولي أو الوصي شقصه المشترك مع اليتيم ٤٤٨
أخذ المكاتب بالشفعة ٤٥١
لو ابتاع عامل القراض شقصاً وصاحب المال شفيعه ٤٥٢

فروع على القول بثبوت الشفعة مع كثرة الشفعاء:
لو كان الشفعاء أربعة فباع أحدهم وعفا آخر ٤٦١
شفعة الغائب لو امتنع الحاضر أو عفا ٤٦٨
لو حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة وقاسم ٤٦٨
لو استغلّها الأوّل ثمّ حضر الثاني ٤٧٠
لو قال الحاضر: لا آخذ حتّى يحضر الغائب ٤٧١
لو شارك الغائب الحاضر ثمّ ظهر الشقص مستحقّاً ٤٧٢
لو كانت الدار بين ثلاثة فباع أحدهم من شريكه ٤٧٤
لو باع اثنان من ثلاثة صفقةً ٤٧٧
لو باع أحد الحاضرين ولهما شريكان غائبان ٤٨٢
لو كانت الدار بين أخوين فمات أحدهما وورثه ابنان... ٤٨٣

كيفيّة الأخذ بالشفعة:
استحقاق الشفيع الأخذ بالعقد وانقضاء الخيار ٤٨٤
تبعيض الشفيع حقّه ٤٩١
أخذ الشفيع بالثمن الذي وقع عليه العقد ٤٩٣
دفع المشتري الشقص قبل بذل الشفيع الثمن ٤٩٥

لو اشترى شقصاً وعرضاً في صفقة ٥٠٢
فوريّة الأخذ بالشفعة (تركها لعذر، والمراد بها) ٥١٢
ثبوت الشفعة لو تقايل المتبايعان ٥٢٥
فسخ الشفيع لتصرّفات المشتري ٥٣٣
الشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه ٥٣٧
ليس للشفيع فسخ بيع الشريك والمشتري ٥٣٩
ما يثبت للشفيع لو انهدم المبيع أو عاب ٥٤١
لو غرس المشتري أو بنى فطالب الشفيع بحقّه ٥٥٣
نماءات ما ثبت فيه الشفعة ٥٦٥
لو باع شقصين من دارين وكان الشفيع واحداً ٥٦٨
لو بان الثمن مستحقّاً ٥٦٩
لو ظهر في المبيع عيب ٥٧١
لو ادّعى اشتراء النصف بمائة أو الربع بخمسين ثمّ بان الخلاف ٥٧٢
الأخذ بالشفعة مع الجهل بالثمن ٥٧٣
تسليم الشفيع الثمن أوّلاً ٥٧٦
لو بلغه أنّ المشتري اثنان أو أنّه اشترى لنفسه فبان الخلاف ٥٧٧
تبقية الشفيع الزرع لو كانت الأرض مشغولة به ٥٧٨
لو سأل البائع الشفيع الإقالة ٥٨١

لواحق الأخذ بالشفعة:

لو اشترى ما فيه الشفعة بثمن مؤجّل ٥٨١
هل تورث الشفعة؟ ٥٨٨
كيفيّة إرث الشفعة ٥٩٢

حكم الشفعة لو باع الشفيع نصيبه ٥٩٩
لو باع الشريك بخيار للمشتري ثمّ باع الشفيع ٦٠٣
لو باع شقصاً في مرض الموت من وارثٍ محاباةً ٦٠٣
لو صالح الشفيع على ترك الشفعة ٦٠٧
ضمان الشفيع الدرك عن البائع أو المشتري ٦١١
لو وجد الشفيع عيباً في المبيع ٦١٤
لو باع بعوض معيّن ـ كعبد ـ ثمّ ظهر فيه عيب ٦٢٠
لو باع حصّة الغائب من الدار وادّعى أنّه بإذنه ٦٢٨

ما تبطل به الشفعة:

لو ترك المطالبة بالشفعة ٦٣٥
لو عفا عن الشفعة قبل البيع ٦٤٢
لو شهد الشفيع على البيع أو بارك أو أذن في الابتياع ٦٥٠
لو أُخبر بالبيع فلم يطالب بالشفعة ٦٥٣
لو جهل الشفيع والمشتري قدر الثمن وتصادقا على ذلك ٦٥٥
لو كان المبيع في بلدٍ ناءٍ فأخّر المطالبة بالشفعة ٦٥٥
لو بان الثمن مستحقّاً أو أُقرّ بغصبيّته ٦٥٦
لو تلف الثمن المعيّن قبل قبضه ٦٥٧
حيل إسقاط الشفعة ٦٦٢
لو ادّعى الشفيع الابتياع فادّعى نسيان الثمن أو عدم العلم به ٦٦٤

في التنازع:

اختلاف الشفيع والمشتري في قدر الثمن ٦٦٧
اختلاف المتبايعين في قدر الثمن ٦٨١

لو ادّعى أنّه باع نصيبه من أجنبي فأنكر الأجنبي ٦٨٧
لو ادّعى أنّ شريكه ابتاع بعده فأنكر ٦٩٢
لو ادّعىَ كلّ من الشريكين سبق بيعه ٦٩٣
ادّعاء أحد الشريكين الابتياع والآخر الإرث ٦٩٩
ادّعاء أحد الشريكين الابتياع والآخر الإيداع ٧٠١
لو تصادق المتبايعان على غصبيّة الثمن وأنكر الشفيع ٧٠٥
لو ادّعى من بيده الشقص أنّه اشتراه لفلان ٧٠٧
لو أنكر المشتري ملكيّة مدّعي الشفعة ٧١١
لو ادّعى على أحد وارثي الشفعة العفو ٧١٢
محتويات الكتاب ٧١٥